

Schittmer

DIE VERFASSUNGSRECHTLICHE
STELLUNG DER MINISTER NACH
DER JÜNGSTEN ENTWICKLUNG
UND IHRE BEAMTENQUALITÄT

Ein Beitrag zur Klärung von Gegenwartsfragen aus
dem Rechtskreis des öffentlichen Dienstes

Inaugural - Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der

Albert - Ludwigs - Universität Freiburg i. Br.

(abgeschlossen am 31. Dezember 1956)

vorgelegt von
Regierungsrat
Günter Schirmer
aus
Königsberg i.Pr.

Referent: Professor D. Dr. Gerber

Korreferent: Professor Dr. Hesse

Inhaltsübersicht

	Seite
Literatur	IV
A. Einleitung	
§ 1 Das Problem und seine Bedeutung	1
§ 2 Umgrenzung des Untersuchungsbereiches	3
§ 3 Das Untersuchungsverfahren	5
B. Vorbereitender Teil	
§ 4 Die Hauptthesen der beamtenrechtlichen Theorie	8
I. Die These, daß Beamtentum Staatsorganschaft ist. (Köttgen - Gerber)	8
II. Die These, daß die Beamten mittelbare Staatsorgane sind (Köttgen)	14
III. Die These, daß die Beamten Träger der institutionellen Organe der Ämter sind. (Gerber)	15
IV. Die These, daß die Beamten den rechtlichen Funktionskreis im Staate zu betreuen haben. (Köttgen - Zweigert - Heller - Schmitt - Gerber)	17
V. Die These, daß das Beamtentum, soweit ihm Unabhängigkeit zukommt, selbständig zu repräsentieren hat und seine Repräsentation eine rechtliche ist. (Köttgen - Gerber)	22
§ 5 Kurze Feststellung des Wirklichkeitswertes dieser Thesen als Richtschnur für den Gang in den Hauptteil	26
C. Hauptteil	
§ 6 Allgemeine Einordnung der Minister in den organschaftlichen Zusammenhang des Staates	28
I. Der Regierungsbegriff des geltenden Verfassungsrechts	29
II. Der Regierungsbegriff und der Begriff des Staatsorgans	31
III. Einordnung der Minister in den organschaftlichen Zusammenhang des Staates mit Hilfe des Organbegriffes	35
IV. Auseinandersetzung mit Gegenansichten.	39

§ 7 Zur Frage der Beteiligung der Minister am rechtlichen und am politischen Funktionskreis des Staates	45
I. Prüfung der den Regierungsorganen zugewiesenen Rechtsetzungsfunktionen auf ihren rechtlichen und politischen Gehalt	46
II. Prüfung der den Regierungsorganen zugewiesenen Vollziehungsfunktionen auf ihren politischen und rechtlichen Gehalt	59
III. Sind die Minister Träger politischer oder rechtlicher Staatsorgane ?	75
§ 8 Die Organstellung der Minister im Lichte der Unterscheidung persönlicher und institutioneller Staatsorgane	77
I. Werden die Minister rein nach persönlicher Würdigung zu staatlicher Organtätigkeit berufen oder ist ihre durch ein System amtlicher Prüfungen festgestellte Befähigung dafür ausschlaggebend ?	78
II. Treten die Minister lediglich durch Äußerungen ihres Willens in Funktion oder sind die Auswirkungen ihres persönlichen Wissens und Könnens an sachlichen Hilfsmitteln das Kennzeichen ihrer Amtstätigkeit ?	80
III. Unterliegen die Regierungsorgane periodischer Gesamterneuerung in der Weise, daß sie in ihrem Bestande unmittelbar von den Ministern als ihren Trägern abhängen, oder bestehen sie unabhängig von deren Kommen und Gehen auf ununterbrochene Dauer ?	82
IV. Richten sich Art und Ausmaß des den Ministern gewährten Unterhalts nach der Eigenart und tatsächlichen Dauer ihrer Organtätigkeit oder nach einem typisierten Bedürfnisstande und greift der Unterhalt im letzteren Falle auch über ihre Amtstätigkeit und ihre Person hinaus ?	87
V. Sind die Minister Träger persönlicher oder institutioneller Staatsorgane ?	92
§ 9 Zur Frage der politischen und rechtlichen Repräsentationsmacht der Minister	93
I. Die politische Repräsentationsmacht der Minister in der Sicht von Carl Schmitt und Leibholz und in der Gegenwart	94
II. Die rechtliche Repräsentationsmacht der Minister in der Gegenwart	104

§ 10	Dürfen die Minister dem Beamtentum auch heute noch zugerechnet werden ?	107
------	--	-----

Literatur

- Anschütz, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11.8.1919, 14. Aufl. 1933
- Dennewitz, Bodo u.a.: Kommentar zum Bonner Grundgesetz - Bonner Kommentar -, 1950
- Fischer: Georg Jellineks Anorganische Lehre in ihren Grundzügen als Rechtssystem dargestellt, 1931
- Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 1. Aufl. 1919
- Friesenhahn, Ernst: Die Staatsgerichtsbarkeit, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II 1932
- Geller-Kleinrahm: Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, 1950
- Gerber, Carl Friedrich v.: Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 1880
- Gerber, Hans: Vom Begriff und Wesen des Beamtentums, in: Archiv des öffentlichen Rechts, N.F. Band 18, 1930
- derselbe: Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 7, 1932
- derselbe: Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelung des Bonner Grundgesetzes, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1951 Heft 16
- derselbe: Parlamentarische Staatssekretäre ? in: Die Öffentliche Verwaltung 1953 Heft 3
- Gierke, Otto v.: Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, 1887
- derselbe: Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, in: Schmollers Jahrbuch, Band VII, 45, 1097 ff.
- Glum, Friedrich: Die staatsrechtliche Stellung der Reichsregierung sowie des Reichskanzlers und des Reichsfinanzministers in der Reichsregierung, 1925
- Grewe, Wilhelm: Das Grundgesetz, in: Deutsche Rechts-Zeitschrift 1949 Hefte 14 und 15/16
- Grewe und Fischbach: Inwieweit läßt Art. 33 Abs. 5 des Grundgesetzes eine Reform des Beamtenrechts zu ? Referat und Korreferat in Abhandlungen des 39. Juristentages, Teil D (öffentlich-rechtliche Abteilung) 1952
- Grosch: Organschaft und Stellvertretung, in: Schmollers Jahrbuch, Band 39, 1915
- Haenel, Albert: Deutsches Staatsrecht, 1892

- Hatschek, Julius v.: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 1931
- Heckel, Johann: Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltsgesetzes, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II 1932
- Helfritz, Hans: Allgemeines Staatsrecht, 5. Aufl. 1949
- Heiler, Hermann: Das Berufsbeamtentum in der Deutschen Demokratie, in: Die neue Rundschau, Band II 1930
- Heyland, Carl: Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat, 1949
- Jellinek, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919
- derselbe: Allgemeine Staatslehre, 5. Aufl. 1929
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1948 und Nachtrag 1950
- Juliusberger, Erich: Die Stellung des parlamentarischen Ministers und seine Beamtenqualität, in: Zeitschrift für Beamtenrecht, 1928 Heft 1
- Kelsen, Hans: Allgemeine Staatslehre, 1925
- Köttgen, Arnold: Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie, 1928
- derselbe: Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentums im Staat der Gegenwart, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II 1932
- derselbe: Sonstige Sonderregelungen der Rechtsverhältnisse von Berufsbeamten, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II 1932
- derselbe: Abgeordnete und Minister als Statusinhaber, in: Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. Mainz; Band 6: Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955
- derselbe: Bundesregierung und oberste Bundesbehörden, in: Die Öffentliche Verwaltung 1954 Heft 1
- Kraibenhöft, Günter: Die Stellung des Bundeskanzlers für die Bundesrepublik Deutschland im Vergleich zu der des Reichskanzlers nach der Weimarer Verfassung, in: Der Öffentliche Dienst, 1950 Heft 7
- Laband, Paul: Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich I. Abschnitt, Titel 1-3, in: Archiv für Civilistische Praxis, Band 73 1888
- Leibholz, Gerhard: Das Wesen der Repräsentation, in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, 1929

- Loening, Edgar: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1884
- Mangoldt, Hermann v.: Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 1953
- Marschall v. Bieberstein, Fritz: Die Verantwortlichkeit der Reichsminister, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band I 1930
- Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 1955
- Münch, Fritz: Die Bundesregierung, in: Völkerrecht und Politik, Band 2 1954
- Nawiasky, Hans: Bayerisches Verfassungsrecht, 1923
- derselbe: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland
- derselbe: Allgemeine Staatslehre, Zweiter Teil: Staatsgesellschaftslehre, 1952
- Nawiasky - Leusser: Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, Handkommentar sowie Ergänzungsband dazu, 1953
- Nebinger, Robert: Kommentar zur Verfassung für Württemberg.-Baden
- Poetzsch-Heffter, Fritz: Organisation und Geschäftsformen der Reichsregierung, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band I 1930
- Preuss, Hugo: Das städtische Amtsrecht, 1902
- Rothenbücher, Karl: Die Stellung des Ministeriums nach Bayerischem Verfassungsrecht, 1922
- Schlossmann, Siegmund: Organ und Stellvertreter, in: Iherings Jahrbuch, Band 44, 1902
- Scheuner, Ulrich: Das Bereich der Regierung, in: Festgabe für Rudolf Smend, 1952
- Smend, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht, 1928
- Schmid, Oskar: Die Beamtenstellung des parlamentarischen Ministers in Württemberg, in: Zeitschrift für die freiwillige Gerichtsbarkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg u. Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege, 71. Jahrgang 1929
- Schmitt, Carl: Verfassungslehre, 1928
- derselbe: Der Hüter der Verfassung, 1931
- Schulze, Hermann: Das Preußische Staatsrecht, 2. Aufl. 1. Band 1888
- Spreng - Birn - Feuchte: Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Kommentar
- Stier-Somlo, Fritz: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, 1924
- Süsterhenn - Schäfer: Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz mit Berücksichtigung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950

Thoma, Richard: Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, in: Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Band II 1932

Wacke, Gerhard: Zur Lage des Beamtenrechts innerhalb des öffentlichen Dienstes, in: Deutsche Rechts-Zeitschrift 1948 S. 408 ff

Waldecker, Ludwig: Allgemeine Staatslehre, 1927

Zweigert, Erich: Der Beamte im neuen Deutschland, in: Bernhard Harms, Volk und Reich der Deutschen, Band II 1930

Sammelwerke und Zeitschriften

Titel	Abkürzung:
Archiv des öffentlichen Rechts, N.F. Band 18, 1930	AÖR
Archiv für Civilistische Praxis, Band 73, 1888	ACP
Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10.-23.8.1948 vom Ver- fassungsausschuß der Ministerpräsidenten- Konferenz der westlichen Besatzungszonen	
Der Öffentliche Dienst, 1950 Heft 7	DÖD
Deutsche Rechts-Zeitschrift, 1949 Heft 14 und 15/16	DRZ
Deutsches Verwaltungsblatt (66.Jahrgang des Reichsverwaltungsblattes) 1951 Heft 16	DVB1
Die neue Rundschau, Band II Berlin und Leipzig 1930	
Die Öffentliche Verwaltung, 1953 Heft 3 und 1954 Heft 1	DÖV
Handbuch des Deutschen Staatsrechts (hrsg. von G.Anschütz und R.Thoma) Band I 1930, Band II 1932	Hdb.d.dt.StR
Jahrbuch des öffentlichen Rechts, 1	
Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts, Band 44, 1902	
Neue Juristische Wochenschrift, 1951	NJW
Schmollers Jahrbücher, Band 39, 1915	
Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer	VVdtStrL
Volk und Reich der Deutschen, Vorlesungen, gehalten in der Deutschen Vereinigung für Staatswissenschaftliche Fortbildung (hrsg. Bernhard Harms) 2.Band 1929	
Zeitschrift für Beamtenrecht (hrsg. Jacques Abraham) Band 1, 1928	ZfB
Zeitschrift für die freiwillige Gerichts- barkeit und die Gemeindeverwaltung in Württemberg und Jahrbücher der württem- bergischen Rechtspflege, 71. Jahrgang 1929	

A. Einleitung

§ 1

Das Problem und seine Bedeutung.

Das Ziel dieser Abhandlung ist - kurz formuliert - eine Beantwortung der Frage: Dürfen die Minister auch heute noch dem Beamtentum zugerechnet werden oder nicht ?

Diese Frage beschäftigt die Staatsrechtswissenschaft schon seit geraumer Zeit. Anlaß dazu gab die Beobachtung, daß die Minister sich infolge der Veränderungen, die ihre Rechtsstellung im Verlaufe der tiefgreifenden Wandlungen der deutschen Verfassungszustände von der Zeit des absoluten Staates bis zur Gegenwart erfahren hat, mit zunehmender Deutlichkeit von den Beamten abheben ¹⁾.

Die Meinungen über die rechtliche Tragweite dieses Differenzierungsprozesses, insbesondere seine Auswirkungen auf das Verhältnis der Minister zum Beamtentum, sind geteilt. Das gilt vor allem hinsichtlich der letzten großen Veränderung, welche die Errichtung der parlamentarischen Demokratie in Deutschland für die verfassungsrechtliche Stellung der Minister zur Folge hatte.

1) vgl. hierzu v. Gerber, C.F., Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 1880, S. 110 ff, insbes. S. 115 u. Anm. 13; Schulze, H., Das Preußische Staatsrecht, 1888, Bd. 1 S. 241 ff; Köttgen, A., Das Deutsche Berufsbeamtentum u. d. parl. Demokratie, 1928, S. 17 ff, 42 ff, 50 ff, 91 ff, 97 ff; derselbe, Die Entwicklung d. dt. Beamtenrechts u. Sonstige Sonderregelungen d. Rechtsverhältnisse von Berufsbeamten i. Hdb. d. dt. StR., Bd. II S. 1 ff u. S. 91 ff; derselbe, Abgeordnete und Minister als Statusinhaber in Veröffentlichungen des Instituts für Staatslehre und Politik e.V. Mainz, 1955 Band 6 S. 195 ff; Schmid, O., Beamtienststellung des parl. Ministers in Württemberg i. d. Zeitschrift f. d. freiw. Gerichtsbarkeit u. d. Gemeindeverwaltung i. Württemberg u. Jahrbücher der württemberg. Rechtspflege 1929, S. 177 ff, insbes. S. 186/187; Juliusberger, E., Die Stellung des parl. Ministers u. seine Beamtenqualität i. Zeitschrift f. Beamtenrecht 1928, Bd. 1 S. 21; Rothenbücher, K., Die Stellung des Ministeriums nach Bayer. Verfassungsrecht 1922, S. 37; Nawiasky, H., Bayer. Verfassungsrecht 1923, S. 191 ff, 232; Jellinek, W., Verwaltungsrecht, 1948, S. 358; Heyland, C., Das Berufsbeamtentum i. neuen demokr. Staat, 1949, S. 35; Münch, F., Die Bundesregierung i. Völkerrecht u. Politik 1954, S. 119.

Während die einen annehmen, daß die allmähliche Lösung der Minister von dem Beamtentum damit praktisch vollendet wurde¹⁾, wollen die anderen immer noch gewisse Bindungen der Minister an das Beamtentum als fortbestehend ansehen²⁾.

Bei diesem Meinungsstreit handelt es sich nicht nur um prinzipielle oder theoretische Fragen, sondern zugleich um solche von größter praktischer Bedeutung. Denn von ihrer Klärung ist die Gestaltung der Rechtsverhältnisse der Minister in gleicher Weise abhängig wie die Sicherung der inneren Geschlossenheit des Beamtentums, auf die es, wie vor allem Köttgen in seinen in die Tiefe gehenden Ausführungen überzeugend dargelegt hat³⁾, im parlamentarisch-demokratischen Staat ganz besonders ankommt.

Nun hat zwar die Gesetzgebung schon unter der Weimarer Verfassung bemerkenswert in diese Streitfrage eingegriffen, indem sie die persönlichen Rechtsverhältnisse der Minister besonderen, vom allgemeinen Beamtenrecht abweichenden Regelungen unterstellte⁴⁾. Daran wurde bei der Wiedererichtung der deutschen Staatlichkeit nach dem Zusammenbruch des Jahres 1945 festgehalten⁵⁾. Dadurch ist die Streitfrage aber nicht aus der Welt geschafft worden, Denn

-
- 1) so vor allem Köttgen, *Berufsbeamtentum* S. 44ff, 57ff, 91ff, 97ff; derselbe, *Hdb. d. dt. StR. Bd. II* S. 9ff u. S. 91ff; Heyland, *a. a. O.*, S. 35; Münch, *a. a. O.*, S. 119/120.
 - 2) so Gerber, *H.*, *Entwicklung u. Reform*, *a. a. O.*, S. 48; ebenso ist wohl auch O. Schmid zu verstehen, *a. a. O.*, S. 187.
 - 3) *Berufsbeamtentum*, insbes. S. 141.
 - 4) vgl. Reichsgesetz über die Rechtsverhältnisse des Reichskanzlers und der Reichsminister v. 27.3.30 (RGBl. I, S. 96); Preußisches Gesetz über die Versorgung der Staatsminister v. 13.6.24 (GS. S. 547); Württembergisches Beamtengesetz v. 21.1.29, Art. 235 ff; Bad. Gesetz, die Einrichtung der Ministerien u. d. Gehaltsbezüge der Minister betr., v. 2.4.19.
 - 5) vgl. Bundesministergesetz v. 17.6.53 (BGBl. I S. 407) sowie die Ministergesetze von Baden-Württemberg v. 13.12.54 (GBl. S. 163), Bayern v. 5.9.46 (GVBl. S. 369), Hessen v. 16.2.53 (GVBl. S. 11), Niedersachsen v. 1.4.53 (GVBl. S. 27), Nordrhein-Westfalen v. 5.5.53 (GVBl. S. 258), Rheinland-Pfalz v. 17.7.54 (GVBl. S. 91) und Schleswig-Holstein v. 22.12.50 (GVBl. 51 S. 13).

einmal lehrt schon die Erfahrung, daß es vielfach nicht staatsrechtliche Erkenntnisse, sondern zeitbedingte politische Notwendigkeiten sind, die bei gesetzgeberischen Maßnahmen den Ausschlag geben. Zum anderen würde die Existenz derartiger Sonderregelungen eine in Wahrheit vorhandene Beamtenqualität der Minister selbst dann unberührt lassen, wenn die Gesetzgebung damit erkennbar den Zweck verbunden hätte, den Ministern diese Qualität zu nehmen. Denn das positive Recht, das hat schon Leibholz ausgesprochen¹⁾, kann das Wesen staatlicher Institutionen im Einzelfall wohl ignorieren, es ermangelt ihm aber die Kraft, dieses Wesen selbst umzugestalten. Die Wissenschaft bleibt deshalb immer aufgerufen, das geltende Recht auf seine Übereinstimmung mit der Wirklichkeit zu überprüfen.

§ 2

Umgrenzung des Untersuchungsbereiches.

Die Frage nach dem Verhältnis der heutigen Minister zum Beamtentum kann naturgemäß nur dort gestellt werden, wo das Beamtentum noch Bestand hat. Das ist, wie eine Überprüfung seiner Lage zeigt, gegenwärtig nicht mehr in allen Teilen Deutschlands der Fall.

Im ostzonalen Deutschland wird in einem Beamtentum, das seine Legitimation unmittelbar aus der Verfassung bezieht und ein gewisses Maß von Unabhängigkeit im Vollzug der Gesetze besitzt, eine Bedrohung der Volksfreiheit gesehen. Aus diesem Grunde wurde dort verlangt, das Beamtentum durch ein jederzeit entlassbares - und dadurch jeder Willkür preisgegebenes - Staatsfunktionär-tum zu ersetzen. Dem ist durch eine Gleichstellung aller Angehörigen des öffentlichen Dienstes entsprochen worden. Sie kommt darin zum Ausdruck, daß die Verfassungen der Ostzone nicht mehr von Beamten, sondern nur von den "im öffent-

1) vgl. Leibholz, Das Wesen der Repräsentation S. 13ff.

lichen Dienst Tätigen"¹⁾ oder - in noch treffenderer Kennzeichnung der wahren Rechtslage - von den "Angestellten im öffentlichen Dienst"²⁾ sprechen. Eine solche Gleichstellung ist mit dem deutschen Beamtentum herkömmlicher Prägung unvereinbar. Im ostzonalen Deutschland kann deshalb nicht mehr von einem Beamtentum gesprochen werden³⁾.

Anders in Westdeutschland. Hier führen das Bonner Grundgesetz und die Mehrzahl der Länderverfassungen die beamtenrechtliche Tradition fort, die schon die Weimarer Verfassung aus der monarchischen Zeit übernommen und für den parlamentarisch-demokratischen Staat neu formuliert hatte⁴⁾. Diese Tradition wird von der Überzeugung getragen, daß das Beamtentum einen der Pfeiler bildet, auf denen auch der moderne Staat ruht. Von der überwiegenden Mehrzahl der westdeutschen Verfassungen wird das Beamtentum deshalb als ein wesentliches Element im Staatsaufbau ausdrücklich anerkannt und gewährleistet.

Nur die Länder Bremen und Hessen strebten zunächst einer ähnlichen Nivellierung innerhalb des öffentlichen Dienstes zu wie die Ostzone. Sie hatten Programmsätze in ihre Verfassungen aufgenommen, wonach für alle Angestellten, Arbeiter und Beamte ein "einheitliches Arbeitsrecht" geschaffen werden sollte⁵⁾. In Hessen war auch schon ein erster Schritt in dieser Richtung getan worden, und zwar durch das Hessische Beamten-

1) vgl. Art. 3 Verf. D.D.R.

2) vgl. Art. 5 Verf. Sachsen-Anhalt; Art. 6 Verf. Sachsen; Art. 5 Abs. 5 Verf. Thüringen; Art. 4 Abs. 4 Verf. Brandenburg.

3) a.A. im Jahre 1948 noch Wacke, DRZ 1948 S. 409.

4) vgl. hierzu die Art. 128-130 WV mit den Art. 33 Abs. 4 u. 5 GG, Art. 94-97 Verf. Bayern, Art. 46 vorl. Verf. Niedersachsen, Art. 80 Verf. Nordrhein-Westfalen, Art. 125-128 Verf. Rheinland-Pfalz, Art. 77 Verf. Baden-Württemberg.

5) vgl. Art. 29 Satz 1 u. Art. 135 Verf. Hessen, Art. 50 Abs. 1 Verf. Bremen, die im übrigen weder die Institution des Beamtentums noch das Wort "Beamter" erwähnt.

gesetz¹⁾, das als Grundlage des Beamtenverhältnisses einen Vertrag zwischen der Anstellungsbehörde und dem Beamten annahm und die Vorschriften des Arbeitsrechts und der Sozialversicherung auf das so begründete Dienstverhältnis grundsätzlich für anwendbar erklärte. Diesen für den Fortbestand des Beamtentums gefährlichen Tendenzen ist das Bonner Grundgesetz durch die Gewährleistung des Beamtentums als Institution entgegengetreten. Denn da Bundesrecht nach Art. 31 dem Landesrecht vorgeht, ist darin zugleich eine bindende Weisung an die Gesetzgebungsorgane der Länder zu erblicken, ein vom Arbeitsrecht abweichendes besonderes Dienstrecht für die Beamten zu schaffen²⁾. Im Geltungsbereich des Grundgesetzes ist es damit endgültig unmöglich gemacht, das Beamtentum noch zu Fall zu bringen³⁾.

Es ist sonach festzustellen, daß das Beamtentum seinen Bestand nur in Westdeutschland zu bewahren vermochte. Deshalb kann eine Untersuchung des Verhältnisses der heutigen Minister zum Beamtentum auch nur für Westdeutschland sinnvoll geführt werden.

§ 3

Das Untersuchungsverfahren.

Eine Beurteilung der Frage, ob die Minister dem Beamtentum unter den gegenwärtigen Verfassungszuständen noch zugerechnet werden dürfen, setzt notwendig eine Bestimmung der Grenzen voraus, die das Beamtentum

1) Hessisches Beamtengesetz vom 12.1.1946 i.d.Fassung v.25.6.48 (Hess.GVB1.1948 S.101).

2) so Jess i.Bonner Kommentar, Erl.zu Art.33 Abs.5 GG; Grewe, 39.Juristentag, a.a.O., D.6; Fischbach ebenda, D.34.

3) Aus diesem Grunde haben regelmäßig auch die Länder, die sich erst nach dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes eine Verfassung gegeben haben, wie Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein, davon abgesehen, das Beamtenrecht überhaupt noch im einzelnen zu behandeln (so Geller-Kleinrahm, Anm. 1 zu Art.80 Verf.Nordrhein-Westfalen).

von allen anderen staatlichen Einrichtungen scheiden. Diese Grenzen bestimmt der Beamtenbegriff.

Es gehört zu den Eigenheiten des deutschen Rechts, daß es keinen einheitlichen Beamtenbegriff kennt, sondern einen staatsrechtlichen, einen staatshaftungsrechtlichen und einen strafrechtlichen Beamtenbegriff unterscheidet. Dazu kommen noch die Legaldefinitionen einiger Staatsdienstgesetze. Von all diesen Begriffen genügt indessen keiner den Anforderungen, die zur Erzielung eines brauchbaren Beurteilungsmaßstabes daran gestellt werden müssen.

Bei den Legaldefinitionen der Staatsdienstgesetze tritt der Mangel schon in dem sie gemeinsam kennzeichnenden Zusatz zutage "Beamte im Sinne dieses Gesetzes"¹⁾. Denn er besagt, daß die Staatsdienstgesetze keine allgemeingültige Definition des Beamtenbegriffs geben, sondern nur den Kreis der Personen bezeichnen wollen, auf den das konkrete Gesetz Anwendung finden soll. Die Feststellung, daß eine im öffentlichen Dienst stehende Person nicht der Beamtendefinition eines bestimmten Staatsdienstgesetzes unterfällt, würde es deshalb nicht erlauben, ihr überhaupt die Eigenschaft eines Beamten abzusprechen.

Eine Verwendung des staatshaftungsrechtlichen und des strafrechtlichen Beamtenbegriffes scheitert daran, daß sie sich ihrer Natur entsprechend im wesentlichen darauf beschränken, solche Merkmale des Sachverhalts Beamter zusammenzufassen, die für das Staatshaftungsrecht und das Strafrecht von Bedeutung sind. Die müssen daher zwangsläufig dort versagen, wo es darauf ankommt, die Aufmerksamkeit gerade auf die staatsrechtlich erheblichen Merkmale des Beamtentums zu lenken.

1) vgl. z.B. aus dem älteren Recht die §§ 1 des Reichsbeamtengesetzes vom 31.3.1873 (RGBl. S.61) und des Bad.Beamtengesetzes vom 24.7.1888 (Bad.GVBl. S.399) sowie aus dem geltenden Recht Art. 1 des Bayer.Beamtengesetzes v.28.10.46 (Bayer.GVBl. S.349) und § 1 des Beamtengesetzes von Rheinland-Pfalz v.13.12.49 (GVBl. S.605).

Aber auch der staatsrechtliche Beamtenbegriff hilft hier nicht weiter, wonach Beamte diejenigen Personen sind, die zum Staat oder einer anderen mit öffentlicher Dienstherrnfähigkeit ausgestatteten juristischen Person des öffentlichen Rechts in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, das auf die Verwaltung eines Amtes gerichtet ist. Denn die einzelnen Merkmale, die seinen Inhalt ausmachen, sind überwiegend den äußeren Gegebenheiten des Beamtenverhältnisses entnommen. In Zeiten ausgeglichener und überschaubarer staatspolitischer Verhältnisse mag es angehen, eine Einrichtung des staatlichen Lebens zum Gegenstand einer einzig auf das Tatsächliche gerichteten Beschreibung zu machen und sie auf diese Weise gegenüber Nachbarerscheinungen abzugrenzen. Ein so gewonnener Maßstab kann aber heute nicht mehr genügen. Denn die Krise, in der sich das Beamtentum seit der Revolution des Jahres 1918 befindet, ist auch heute noch nicht überwunden. Das hat der Kampf, der im Zuge des staatlichen Wiederaufbaus Deutschlands nach dem letzten Zusammenbruch um die Beibehaltung des Beamtentums geführt wurde, erneut deutlich gemacht. In dieser Lage darf bei der begrifflichen Erfassung des Beamtentums nicht am Äußerlichen gehaftet, sondern es muß nach einem seinem innersten Wesen adäquaten Ausdruck gesucht werden, um so wirksam den Schwankungen begegnen zu können, denen seine Beurteilung gerade in Krisenzeiten erfahrungsgemäß unterworfen ist. Es ist deshalb erforderlich, das Wesen des Beamtentums, so wie es sich aus seiner Verflechtung in der Gesamtstruktur der staatlichen Verfassung ergibt, zum Ziele des Erkenntnisstrebens zu machen.

Die Aufgabe, die sich aus diesen Forderungen ergibt, ist von der Staatsrechtswissenschaft frühzeitig erkannt und aufgenommen worden. Das Ergebnis ihrer Bemühungen liegt zwar nicht unmittelbar greifbar in Gestalt einer festgefügtten Definition vor uns, doch lebt der auf einer Wesensschau in dem dargelegten Sinne gegründete Beamtenbegriff in der von ihr entwickelten beamtenrechtlichen Theorie. Sie eröffnet uns die

Quelle, aus der wir den Beamtenbegriff erschließen können.

Es gilt daher zunächst, die Hauptthesen dieser beamtenrechtlichen Theorie in einem vorbereitenden Teil der Untersuchung zu erfassen, an sie kurz die kritische Sonde zur Feststellung ihres Wirklichkeitswertes zu legen und mit Hilfe des so gewonnenen Ergebnisses sodann zu versuchen, das Verhältnis der heutigen Minister zum Beamtentum einer Klärung näher zu bringen.

B. V o r b e r e i t e n d e r T e i l

§ 4

Die Hauptthesen der beamtenrechtlichen Theorie.

Fünf Thesen sind es, die aus den bisher von der modernen Staatsrechtswissenschaft über das Beamtentum entwickelten Gedankengängen besonders hervortreten.

I. D i e T h e s e , d a ß B e a m t e n t u m
S t a a t s o r g a n s c h a f t i s t.

(Köttgen - Gerber)

Es besteht in der Staatsrechtswissenschaft schon seit langem Einigkeit darüber, daß es die Organqualität ist, welche der verfassungsrechtlichen Stellung der Beamten ihre besondere Eigenart verleiht. Eine Begründung für diese Auffassung ist aber erst in neuerer Zeit von K ö t t g e n und G e r b e r geliefert worden.

K ö t t g e n geht in seinen im Jahre 1928 erschienenen Untersuchungen über "Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie"¹⁾ von der in der Wissenschaft umstrittenen Gegenüberstellung von Stellvertretung und Organschaft aus ²⁾.

1) vgl. a.a.O., S. 10 ff.

2) vgl. Laband, Archiv f. zivil. Praxis, Bd. 73 S. 187 ff; Jellinek, G., Allg. Staatslehre S. 506 ff; derselbe, Subj. öffl. Rechte, a.a.O., S. 224 ff; Grosch, Organschaft u. Stellvertretung i. Schmollers Jahrb. Bd. 39 (1915) S. 143 ff; Schlossmann, Organ u. Stellvertreter i. Iherings Jahrb. 1902, Bd. 44 S. 289 ff.

Er knüpft daran die Feststellung, daß es für eine Begriffsbestimmung des Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Beamten nur möglich sei, entweder ein öffentlich-rechtliches Stellvertretungsverhältnis oder aber ein organschaftliches Verhältnis anzunehmen¹⁾. Die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Stellvertretungsverhältnisses lehnt K ö t t g e n ab, weil er eine Vertretung des Staates in der Ausübung seiner hoheitlichen Funktionen mit den Grundgedanken des modernen Staates für unvereinbar hält. Das Kennzeichen der modernen Hoheitsrechte erblickt er in ihrer engen Bindung an den Staat. Nur der Staat, so führt er aus, könne Träger hoheitlicher Rechte sein, seitdem mit der Überwindung des patrimonialen Staatsgedankens durch die moderne Auffassung vom Wesen des Staates die Fürstenmacht zur Staatsmacht geworden sei. Privatpersonen seien als Träger von Hoheitsrechten undenkbar. Da aber die Ausübung hoheitlicher Funktionen durch Stellvertreter notwendig mit einer Trennung der Hoheitsrechte vom Staat verbunden sei, so argumentiert K ö t t g e n weiter, verbiete sich die Annahme eines Stellvertretungsverhältnisses. Nur eine Wahrnehmung der Hoheitsrechte durch Organe, d.h. durch Wesensbestandteile des Staates selbst, lasse ihre enge Bindung an den Staat unberührt. Aus diesem Grunde könne das Verhältnis zwischen Staat und Beamten nur als ein organschaftliches Verhältnis aufgefaßt werden²⁾.

H a n s G e r b e r hat sich etwa gleichzeitig mit K ö t t g e n zur Organthese bekannt. In seiner im Jahre 1930 im Archiv des öffentlichen Rechts³⁾ erschienenen Abhandlung "Vom Begriff und Wesen des Beamtentums" entwickelt er seine Auffassung dahin, daß Beamtentum ein durch die moderne organische Staatsidee bestimmtes Staatsdienstverhältnis und damit staatlicher Organdienst sei⁴⁾. Die Begründung für diese These

1) a.a.O., S. 10.

2) a.a.O., S. 15, 16.

3) Neue Folge 18. Band, S. 1 ff.

4) a.a.O., S. 16-34.

schöpft G e r b e r gleichermaßen aus der Betrachtung der geschichtlichen Entwicklung des Beamtentums wie aus der Tiefe der rechtsphilosophischen Grundlagen des Staatsbewußtseins. Es ist kaum möglich, seine schon stark konzentrierten Darlegungen ohne Einbußen ihres wesentlichen Gehalts noch mehr zusammenzudrängen. Wir sind deshalb zu ausführlicherer Wiedergabe seiner Argumente genötigt.

G e r b e r führt aus, für die Entstehung des Beamtentums und für die Bewertung der Beamtentätigkeit als Organtätigkeit sei der Durchbruch des modernen Staatsgedankens im Zeitalter des Absolutismus bestimmend gewesen. Während die vom patrimonialen Staatsdenken beherrschte vorhergehende Geschichtsepoche dem Staat ein Wirtschaftsgut, ein Eigentumsobjekt, den Ausdruck privatwirtschaftlich und privatrechtlich zu begreifenden Eigentumsverhältnisses erblickt habe, habe der spätere Absolutismus den Gedanken der übergreifenden, organischen Einheit des Staates aufgenommen¹⁾. Wenn es auch, von dem Äußeren sozialer Betätigung ausgehend, im ständisch-patrimonialen Staate Menschen gegeben habe, die in ähnlicher Weise dem "Staate" dienten, wie die heutigen Beamten, so liege der große Unterschied darin, daß dieser Dienst nur im Enderfolg Staatsdienst gewesen sei, dagegen ganz bewußt und unmittelbar einem sozialen Stande, einem nutzungsberechtigten Menschen, in Ausübung von dessen Nutzungsrecht und vielfach selbst auch wieder in eigennütziger Weise geleistet worden sei. Mit dieser Auffassung habe der absolute Staat gebrochen. Der Staat als status sei nunmehr einheitlicher sozialer Verband, in dem jedes einzelnen Stellung bestimmt sei von der Eigenständigkeit dieses Verbandes und in Rückbeziehung auf sie. Staatstheoretisch begründe sich auch die Stellung des absoluten Herrschers in dieser Eigenständigkeit des Staatsverbandes. Auch die Stellung der Bediensteten, die sich der absolute Monarch für die Ausübung seiner Macht

1) a.a.O., S. 21

anstelle, gewönne nur dann Sinn, wenn sie auf den individuellen sozialen Bestand des Staates bezogen werde. Der Fürstendiener des absoluten Herrschers sei gewiß und ganz ausgesprochen ein Diener seines Herrn, aber in fortschreitendem Maße doch eben seines Herrn im Staate. Sein Dienst sei ein als Fürstendienst geleisteter mittelbarer Staatsdienst. So sei aus dem ständischen Bediensteten ein Beamter geworden¹⁾.

Diese seine Geschichtsauffassung erläutert G e r b e r am Beispiel Friedrich des Großen und seinem Ausspruch: "Ich bin der erste Diener meines Staates". Er wertet dieses Wort als Ausdruck völliger Abkehr vom patrimonialen Staatsgedanken und als Zeichen dafür, daß auch der König sich in das große Dienstverhältnis einbezogen gefühlt habe, als welches der Staat nun angesehen worden sei. Die Staatsidee Friedrich des Großen sei die "moderne" organische. Der Staat sei ihm in sich geschlossene Lebensseinheit. Wirksamkeit im Staate bedeute teilhafte Staatswirksamkeit selbst. Und diese übe nicht nur der König, sondern auch jeder königliche Bedienstete aus; deswegen sei der König wie jeder seiner Bediensteten "Staatsdiener" und als solcher staatliche Organperson²⁾.

Die Bewertung der Beamten als Organpersonen war nach der von G e r b e r vertretenen Auffassung auch unter den Verfassungsverhältnissen der Weimarer Republik voll- auf gerechtfertigt. Dies ergibt sich für ihn sowohl daraus, daß die Grundzüge des Beamtenrechts, wie sie der absolutistische Staat geprägt hat, im modernen Beamtenrecht unverändert wiederkehren, als vor allem aus der Tatsache, daß auch das moderne Staatsdenken trotz des unverkennbaren Wandels, den es seit Friedrich des Großen Zeiten durchgemacht habe, als organisch bezeichnet werden müsse³⁾. Denn der Staat, so erläutert G e r b e r das letztere, werde von der zeitgenössischen Staatslehre einhellig nicht als Selbstzweck, sondern nur als Mittel zum Zweck angesehen. Sein Zweck

1) a.a.O., S. 22, 23

2) a.a.O., S. 24, 25, 27.

3) a.a.O., S. 27, 28.

sei das Volk. Der Staat als Mittel im Dienste des Volkes könne aber selbst nur als organischer Lebensbestand angesehen werden. Volk wie Staat seien zwar keine Organismen, weil alle soziale Existenz unter dem Begriff der Freiheit stehe und als Organismus in der Gegenwart nur "körperhafte", naturwissenschaftlich bestimmbare und unter durchgängiger Notwendigkeit stehende Lebenseinheiten bezeichnet würden; doch seien sie organische Gebilde, insofern sie eine durch einen eigenen Lebenszweck bestimmte und bewußt gelebte Einheit in der Mannigfaltigkeit einer begrenzten Zahl von Personen darstellten und verwirklichten¹⁾. Volk wie Staat sind nach Gerber Organisation, wörtlich: "von menschlichen Entscheidungen abhängig und im einzelnen durch sie bestimmte Einheit, ein in Freiheit zur Verwirklichung gelangender übergreifender Zusammenhang persönlichen Lebens". Volk wie Staat, so führt er weiter aus, seien körperschaftlich, in dem ihre zum Vergleich mit dem Körper herausfordernde spürbare Einheit fortgesetzt durch freie persönliche Tat geschaffen und erhalten werden müsse²⁾. Die Einheit, mit welcher der Staat uns in der Geschichte entgegentrete, werde nicht erst von ihm geschaffen, er finde sie vielmehr als eine Gegebenheit für freie Tat vor. Diese Aufgabe werde im Staatsleben aufgenommen und mit rechtlichen Mitteln gestaltet und verwirklicht. Darin sei der Staat Organisation und somit ein Inbegriff frei geschaffener und frei schaffender Organe. Der Organcharakter jeder Teilerscheinung staatlichen Lebens sei also für den modernen Staatsgedanken bezeichnend. Hieraus folge, daß eine staatliche Teilerscheinung nur dann einen begründeten Sinn für sich in Anspruch nehmen könne und nur dann Daseinsberechtigung habe, wenn sie rechtlich unter dem Organgedanken in Beziehung auf das Ganze einer im Bewußtsein lebendigen, dem Staat zugrunde liegenden Volksgemeinschaft gedacht und bestimmt werden könne, wenn diese Gemeinschaft gerade sie brauche, um sich mit rechtlichen Mitteln im Staate

1) a.a.O., S. 29, 30 u. Anm. 35.

2) a.a.O., S. 30.

zu verkörpern. Darin liege der Sinn des Begriffes Staatsorgan. Da das Beamtentum aber eine solche Teilerscheidung des modernen Staates sei, lasse es sich nur dann aus dem modernen Staatsgedanken rechtfertigen, wenn es als Staatsorganschaft begriffen werde¹⁾.

Wenn diese erste Erkenntnis über das Wesen des Beamtentums zugleich als die bedeutsamste angesprochen werden muß, so deshalb, weil sie wie keine andere die grundlegende Beziehung zwischen Staat und Beamten offenbar werden läßt. Indessen erlaubt sie doch nur eine ganz allgemeine rechtliche Einordnung der Beamten in das Staatsgefüge. Zu ihrer weiteren Kennzeichnung und genaueren Erfassung ihres Wesens bedurfte es noch der Herausstellung solcher Merkmale, welche es ermöglichen, die Beamten als Staatsorgane von allen anderen Staatsorganen zu unterscheiden. Das ist mit den folgenden Thesen versucht worden.

Im Gegensatz zur Organthese haben diese Thesen aber nicht alle die einheitliche Zustimmung der Staatsrechtswissenschaft gefunden.

II. Die These, daß die Beamten mittelbare Staatsorgane sind. (Köttgen)

Zur Kennzeichnung der Besonderheit, welche die Beamten von allen anderen Staatsorganen abhebt, greift Köttgen auf die in der Staatsrechtswissenschaft häufig gebrauchte Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Organen zurück, und zwar in ihrer von Gierke²⁾ übernommenen Gestalt. Danach sind unmittelbare Organe solche, die keinem anderen Organ untergeordnet und daher in Beziehung auf den Inhalt ihrer Funktionen ganz selbständig gestellt sind.

1) a.a.O., S. 32, 33

2) Gierke, Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft, S. 1142.

Mittelbaren Organen sind demgegenüber durch das Mitbestimmungsrecht eines Hauptorgans Grenzen gezogen¹⁾.

Da das spezifische Merkmal der Beamten nach K ö t t g e n ihr Unterworfensein unter einen Dienstbefehl darstellt, will er in ihnen mittelbare Staatsorgane sehen²⁾.

Nur die Richter nimmt er davon aus, soweit sie wirklich zu richtender Tätigkeit berufen sind. Denn diese seien, so argumentiert er, in ihrer Entscheidungsgewalt schon seit der konstitutionellen Zeit unabhängig und deshalb unmittelbare Staatsorgane. Die Richter fielen dadurch aus dem Rahmen des allgemeinen Beamtentums heraus und bildeten eine besondere Beamtenkategorie³⁾.

Schließlich sollen aber der Beamtenschaft als ganzes, der Bürokratie, nach K ö t t g e n in der parlamentarischen Demokratie gewisse mit den unmittelbaren Staatsorganen verwandte Züge eigen sein. Und zwar sollen diese in einer gewissen Selbständigkeit zum Ausdruck gelangen, welche der Bürokratie als notwendige Voraussetzungen für die Erfüllung der ihr übertragenen Mission, mit ein stabiles Element im Staatsaufbau

1) Im Gegensatz hierzu soll nach Preuss. (Amtsrecht S. 69) für die Unterscheidung dieser Organe die Art ihrer Bestellung maßgebend sein. Preuss nimmt an, daß jede Person mit Organcharakter, deren Berufung durch Wahl erfolgt, ohne weiteres als mittelbares Organ zu gelten hat und daß als unmittelbare Organe nur solche angesehen werden können, die unmittelbar durch die Verfassung einer Verbandsperson ohne Hinzutreten eines anderen Organs berufen werden. Thm folgt auch G.Jellinek (System S.223 u.Allg.Staatslehre S.557).

2) so i.Berufsbeamtentum S.38 ff, 120 ff, und Sonderregelungen der Rechtsverhältnisse von Berufsbeamten i.Hdb.d.dt.StR., Bd.II S. 91, 92.

3) Berufsbeamtentum S.78 ff.

zu bilden, innerhalb eines beschränkten Aktionsradius verbleiben müsse¹⁾.

Aus den Ausführungen K ö t t g e n s erhellt ferner, daß es der einzelne Beamte bzw. die Beamtenschaft als Ganzes ist, die er als Staatsorgan anspricht. Jene Unterscheidung zwischen dem Organ als der abstrakten Institution und ihrem physischen Organträger, auf welche die (mit einem wenig glücklichen Ausdruck) als anorganisch bezeichnete Staatstheorie²⁾, insbesondere die Jellineksche Schule³⁾, größten Wert legt, hat er nicht durchgeführt.

III. Die These, daß die Beamten Träger der institutionellen Organe der Ämter sind. (Gerber)

Im Gegensatz zu K ö t t g e n sieht G e r b e r nicht die einzelnen Beamten oder die Beamtenschaft als Ganzes als Staatsorgane an, sondern die Institution der Ämter. Nur in Beziehung auf ihre Wirksamkeit in der Amtsinstitution, so führt er aus, könne den Beamten Organstellung zuerkannt werden⁴⁾. In der institutionellen Organschaft will G e r b e r e i n e s der wesentlichen Merkmale erblicken, mit dessen Hilfe sich die Eigenart der Beamtenstellung zulänglich bestimmen lasse. Die Eigenschaft des Amtes als institutionelles Organ stützt er darauf, daß jedes Amt heute gesetzlich und in letzter Linie verfassungsmäßig gesicherten Bestand habe und haben müsse⁵⁾.

1) vgl. Berufsbeamtentum S. 91 ff, 120 ff .

2) vgl. Fischer, Georg, Jellineks Anorganische Lehre, S. 6 .

3) Jellinek, G., Allgem. Staatslehre, S. 567; derselbe, System der subj. öff. Rechte, S. 228 ff

4) Begriff und Wesen, S. 36 .

5) Begriff und Wesen, S. 37 .

Diesen Gedanken hat G e r b e r in seinem Referat über die "Entwicklung und Reform des Beamtenrechts"¹⁾ weitergeführt und näher erläutert, indem er dort den institutionellen Organen die persönlichen gegenüberstellt. Bei den ersteren, sagt er, liege der Nachdruck im Institutionellen, "auf dem Bestand einer unter sachlichen, sozialtechnischen Gesichtspunkten aufgerichteten organisierten Einheit von Personen und Verwaltungsmitteln". Bei den persönlichen liege der Nachdruck dagegen auf der konkreten persönlichen Individualität des Organträgers. Als Beispiele für die letztere Gruppe führt G e r b e r den Reichspräsidenten und die Parlamentarier an. Während der Parlamentarier oder der Reichspräsident als persönliche Organe rein nach persönlicher Würdigung zu ihrer Organtätigkeit berufen würden, sei bei der Betrauung einer Person mit einer A m t s tätigkeit ihre durch ein System amtlicher Prüfungen festgestellte sachliche Befähigung ausschlaggebend. Während ein persönliches Organ lediglich durch die Äußerung seines Willens in Funktion trete, sei für die Beamtentätigkeit die Auswirkung persönlichen Wissens und Könnens an sachlichen Hilfsmitteln kennzeichnend. Während die persönlichen Organe periodischer Gesamterneuerung unterlägen und insoweit Organ und Organträger in ihrem Bestande unmittelbar voneinander abhingen, bestehe das institutionelle Organ unabhängig vom Kommen und Gehen seiner verschiedenen Träger auf ununterbrochene Dauer. Während bei den persönlichen Organen Art und Ausmaß für den Unterhalt des Organträgers von der Eigenart und tatsächlichen Dauer der Organtätigkeit bestimmt würden, richte sich die Unterhaltsfürsorge für den Beamten nach einem typisierten Bedürfnisstande des Organträgers, greife grundsätzlich über die Amtstätigkeit, ja sogar über seine Person hinaus und gewinne so ihren Sinn aus der Daueranlage des institutionellen Organs²⁾.

1) Gerber, H., Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 7 1932, S. 2 ff.

2) Entwicklung und Reform, S. 9 ff.

IV. Die These, daß die Beamten den rechtlichen Funktionskreis im Staate zu betreiben haben.

(Köttgen - Zweigert - Heller - Schmitt - Gerber)

Bei der vierten These, die hervorgehoben werden soll, geht es um die Frage, welche Aufgabe den Beamten bei der verfassungsrechtlichen Verteilung der Staatsfunktionen übertragen worden ist.

Nach der Auffassung Köttgens¹⁾ ergibt sich die Einordnung der Beamten in den staatlichen Funktionszusammenhang aus jenem allgemeinen, an keine bestimmte Staatsform gebundenen staatlichen Strukturgesetz, wonach für den Aufbau des modernen Staates sowohl stabile als auch labile Elemente gleich unentbehrlich sind; die ersten, um dem Staat das notwendige Rückgrat zu geben, die letzteren, um die nicht minder notwendige Bewegung in den sonst allzu starren staatlichen Organismus zu bringen²⁾. Die besondere politische Mission, welche nun der Bürokratie unter der Herrschaft des parlamentarischen Regierungssystems übertragen worden ist, besteht nach Köttgen in der Wahrung der Staatsstabilität. Er sagt, sie sei berufen, das Gegengewicht zu bilden gegenüber den fluktuierenden politischen Kräften, wie sie sich zumal in der Partei repräsentierten³⁾. Daneben obliege dem Beamtentum als eine Grundvoraussetzung für das Funktionieren des parlamentarischen Systems überhaupt die Wahrung parteipolitischer Neutralität. Darin erblickt er eine wesentliche Garantie gegenüber jeder zu weitgehenden Erweiterung des parlamentarischen Funktionskreises in Richtung auf Rechtsprechung und Verwaltung⁴⁾.

1) vgl. Berufsbeamtentum, S. 91 ff.

2) a.a.O., S. 93

3) a.a.O., S. 93, 123.

4) Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts, a.a.O., S. 9 ff.

Auch Z w e i g e r t hat die Frage nach der besonderen Funktion des Beamtentums in seinem Referat über das Thema "Der Beamte im neuen Deutschland"¹⁾ berührt. Übereinstimmend mit K ö t t g e n wertet auch er dort das Beamtentum als ein stabiles Element im Aufbau des parlamentarisch regierten Staates²⁾. Wenn er ferner betont, daß die Beamtenschaft dem Minister für seine staatsleitende Tätigkeit den Verwaltungsapparat und ihre Spezialkenntnisse und -fähigkeiten ohne jeden Vorbehalt und ohne Widerstreben zur Verfügung zu stellen habe³⁾, dann liegt auch darin der Hinweis auf ihre Pflicht zur Wahrung parteipolitischer Neutralität.

Dieselbe Auffassung wird von H e l l e r in seinem Aufsatz: "Das Berufsbeamtentum in der Deutschen Demokratie"⁴⁾ vertreten. H e l l e r hält es in einer Demokratie für notwendig, das Beamtentum vor allem in der Hinsicht in das politische Volksganze einzuordnen, daß die Bürokratie ihre Aufgabe nicht in der politischen Führung, sondern in der Ausführung sieht. Die Regierung, sagt er, solle dem Staat die politischen Ziele setzen. Die Bürokratie habe demgegenüber die Aufgabe, diese Ziele unabhängig von der politischen Gesinnung des einzelnen Staatsbürgers durchzuführen. Das Beamtentum sei damit ein Element der Kontinuität und Neutralität⁵⁾.

C a r l S c h m i t t geht in seiner 1931 erschienenen Schrift "Der Hüter der Verfassung" bei seiner Stellungnahme zu unserer Frage von der von B e n j a m i n C o n s t a n t begründeten staatsrechtlichen Lehre von der neutralen Gewalt aus⁶⁾. Dieser Lehre liegt die Erfahrung zugrunde, daß sich Meinungsverschiedenheiten zwischen Trägern politischer Entscheidungsrechte im allgemeinen nicht justizförmig entscheiden

1) in Bernhard Harms, Volk und Reich der Deutschen, 1929, Bd. II, S. 460 ff.

2) a.a.O., S. 463.

3) a.a.O., S. 466.

4) in "Die neue Rundschau", 1930, Bd. II, S. 721 ff.

5) a.a.O., S. 725, 726.

6) a.a.O., S. 132 ff.

lassen, sondern - wenn nicht eine über ihnen stehende stärkere Macht vorhanden ist, die solche Differenzen zu beseitigen vermag - eines nebengeordneten neutralen Dritten bedürfen, dem die Aufgabe zufällt, sich vermöge seiner besonderen Befugnisse und Einwirkungsmöglichkeiten vermittelnd einzuschalten. S c h m i t t unternimmt es nachzuweisen, daß es das Beamtentum ist, dem im parlamentarisch-demokratischen Staat neben dem Reichspräsidenten die Rolle des neutralen Dritten zufällt. Er entnimmt dies aus der Unabhängigkeit, die dem Beamtentum durch seine institutionelle Garantie in der Weimarer Verfassung sowie dadurch gesichert sei, daß der Reichspräsident die Reichsbeamten ernenne und entlasse. Das Beamtentum erfüllt nach S c h m i t t seine Aufgabe darin, daß es in parteipolitischer Neutralität ein Gegengewicht bildet zu den auseinanderstrebenden, in den parteimäßigen Gruppierungen sich verkörpernden gesellschaftlichen Interessengegensätzen, um sie so der Integration des Staates nutzbar zu machen¹⁾.

Ihre eigentliche juristische Fassung verdankt die hier behandelte These aber G e r b e r . Das Ergebnis, das K ö t t g e n , Z w e i g e r t , H e l l e r und C a r l S c h m i t t bei dem Versuch gewonnen haben, die Aufgabe des Beamtentums nach den politischen Gesetzmäßigkeiten des öffentlichen Lebens zu bestimmen, wird von G e r b e r vom Dogmatisch-Konstruktiven her untermauert. Er führt unsere Frage zu diesem Zweck auf ihre staats-theoretischen Grundlagen zurück und nimmt seinen Ausgang dabei von der Beziehung zwischen Recht und Politik, die er als elementare Funktionskreise im staatlichen Dasein begreift²⁾. Die Rechtsordnung definiert G e r b e r als den Inbegriff der Hilfen, die sich eine nach Wirklichkeit strebende, selbstbewußte, unbedingt verantwortliche Volksgemeinschaft als Grundlage praktischer Gemeinschaftsgestaltung gibt, den Inbegriff der zum Zwecke zeitbedingter Selbstbefriedigung objektivierter abstrakter Erkenntnis- und Wertgrundsätze.

1) a.a.O., S. 149 ff.

2) vgl. Entwicklung und Reform, a.a.O., S. 20 .

Den Begriff der Politik bestimmt er dagegen als die trotz solcher Selbstbindung fortdauernd notwendige Gemeinschaftsentscheidung, die Anpassung der Gemeinschaftsgrundsätze an die sich wandelnde Erkenntnis der Gemeinschaftsmöglichkeiten wie an die fortdauernd sich wandelnde Bewertung dieser Möglichkeiten. Recht, so führt er aus, sei nur denkbar als Ergebnis der Politik, Politik aber habe nur einen Sinn, wenn sie auf Recht abziele¹⁾. Unter dieser Betrachtungsweise gelangt er dazu, im Staate zwei Organgruppen zu unterscheiden, eine rechtliche und eine politische.

Die Notwendigkeit solcher Unterscheidung begründet G e r b e r wie folgt: Gemeinschaft könne nur als organischer Zusammenhang einzelner Menschen bestehen. Die Lebensmöglichkeiten der Gemeinschaft seien mögliche organschaftliche Zusammenhänge, Gemeinschaftsentscheidungen könnten nur im Organhandeln gefällt werden, die ihnen zugrunde liegenden Erkenntnisse und Wertungen würden von einzelnen Gliedern der Gemeinschaft als deren Organe vollzogen, Lebensgrundsätze von Gemeinschaftsorganen und für solche aufgestellt. Sei aber der Staat die als freie Persönlichkeit lebende Volksgemeinschaft, so sei er organschaftlicher Zusammenhang frei wirkender einzelner Gemeinschaftsglieder; sei er andererseits politisch ringende wie rechtlich gestaltende Gemeinschaft, so bildeten seinen organschaftlichen Zusammenhang einmal politisch zum anderen rechtlich wirkende einzelne. Daraus folgt für G e r b e r die Existenz zweier Organgruppen, einer politischen, die zu Entscheidungen berufen sei, und einer rechtlichen, die bestimmt sei, nach vorgefallten Entscheidungen zu wirken²⁾.

Diese Unterscheidung will G e r b e r als eine Ergänzung der auf der Gewaltenteilungslehre beruhenden Organunterscheidung verstanden wissen, und zwar in der Weise, daß innerhalb der drei klassischen Gruppen der

1) vgl. Begriff und Wesen, a.a.O., S. 45, 46

2) vgl. Begriff und Wesen, a.a.O., S. 46

gesetzgebenden, vollziehenden und richtenden Organe jeweils eine Differenzierung in rechtliche und politische Organe stattzufinden hat. Er knüpft sodann an seine Unterscheidung zwischen persönlichen und institutionellen Organen an und stellt fest, daß die ersteren wesentlich dem politischen und die letzteren dem rechtlichen Funktionskreis entsprächen. Da nun das Beamtentum aber der bestimmungsmäßige Träger der institutionellen Organe des Staates sei, folgt für G e r b e r seine Verweisung auf die Rechtsfunktion von selbst¹⁾.

Die organisatorische Ausgestaltung dieser Unterscheidung zwischen Recht und Politik in der Verwaltung, die zugleich auch auf die Aufrechterhaltung einer gewissen Verbundenheit Bedacht nehmen muß, weil fast jeder Verwaltungsakt ein Stück Politik enthält, entwirft er so: "Das Beamtentum hat als der bestimmungsmäßige Träger der institutionellen Staatsorgane in diesen den rechtlichen Funktionskreis unter eigener Verantwortung und insoweit in verfassungsmäßig verbürgter Selbständigkeit und Unabhängigkeit zu betreuen, es ist andererseits, soweit sich verfassungsmäßig die Politik auch unmittelbar in den Wirkungskreis der institutionellen Organe erstreckt, an die ihm in rechtmäßigen Formen zugeleiteten politischen Vorentscheidungen der mit der Betreuung des politischen Funktionskreises befaßten Staatsorgane gebunden und insoweit unselbständig"²⁾. Nur wenn dem Beamtentum der rechtliche Funktionskreis im Staate zugewiesen werde, so betont G e r b e r, sei die Forderung seiner parteipolitischen Neutralität verständlich. Die nämliche Voraussetzung gelte für die Auffassung, wonach das Beamtentum zur Wahrung der Staatsstabilität berufen sei. Denn das Wesen des Rechts sei unbedingte Entschiedenheit, das aber sei wertbegründete Stabilität, das Wesen der Politik sei Bewegtheit im Widerstreit, das aber sei wertsuchende Labilität³⁾.

1) vgl. Entwicklung und Reform, a.a.O., S. 20, 21 .

2) vgl. Entwicklung und Reform, a.a.O., S. 21, 22 .

3) vgl. Entwicklung und Reform, a.a.O., S. 18, 19 .

V. Die These, daß das Beamten-
tum, soweit ihm Unabhängig-
keit zukommt, selbständig
zu repräsentieren hat und
seine Repräsentation eine
rechtliche ist. (Köttgen - Gerber)

Bei der fünften und letzten These der beamtenrecht-
lichen Theorie handelt es sich in besonderem Maße um
das Ergebnis einer auf die Klärung der größeren staats-
theoretischen Zusammenhänge gerichteten Wesensschau. Ur-
sprünglich von K ö t t g e n dazu verwendet, die Be-
sonderheit des Beamtenverhältnisses gegenüber einem ge-
wöhnlichen Arbeitsverhältnis zu kennzeichnen und die
Eigenart deutscher Beamten gegenüber den Beamten anderer
moderner Staaten hervorzuheben¹⁾, eröffnet sie in der
Fassung, welche G e r b e r neuestens in einem grund-
sätzlich angelegten Aufsatz herausgearbeitet hat²⁾, eine
weitere Möglichkeit, die Beamten in fruchtbarer Weise
von den übrigen Staatsorganen zu unterscheiden.

Die Grundlage der These bilden die tiefschürfenden
Untersuchungen, die C a r l S c h m i t t³⁾ und
L e i b h o l z⁴⁾ geführt haben, um das Wesen der Re-
präsentation zu erfassen. Nach dem Ergebnis, das sie
dabei erzielt haben, ist der Begriff der Repräsenta-
tion dadurch gekennzeichnet, daß ein nicht real präsen-
ter ideeller Wert durch einen Repräsentanten vergegen-
wärtigt wird⁵⁾. Der Begriff des Repräsentanten wiederum

1) vgl. Köttgen, Beamtenrecht, a.a.O., S. 5 .

2) Hans Gerber, Die grundsätzliche Bedeutung der beam-
tenrechtlichen Regelungen des Bonner Grundgesetzes,
DVB1. 1951, S. 489 ff .

3) Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 209 ff .

4) Leibholz, Das Wesen der Repräsentation i. Beiträgen
z. ausl. öff. Recht u. Völkerrecht, 1929 .

5) C. Schmitt, a.a.O., S. 209 ff ; Leibholz, a.a.O.,
bes. S. 26, 37 .

erfordert eine öffentlich wirkende, zum mindesten der Idee nach besonders qualifizierte Persönlichkeit, die ihre Tätigkeit in eigenschöpferischer Selbständigkeit entfaltet und dafür die Verantwortung trägt¹⁾.

L e i b h o l z , dessen Blick vor allem auf die politische Repräsentation gerichtet ist, also auf die Repräsentation des Volkes als politisch ideeller Einheit, unterscheidet zwei verschiedene Gruppen politischer Repräsentanten, und zwar repräsentativ dekorative Persönlichkeiten und politisch dezidierende Persönlichkeiten²⁾. Während er der ersteren Gruppe den Präsidenten einer Republik zurechnet, zählt er zu der letzteren neben dem absoluten Monarchen vor allem die Regierungsmitglieder, die Abgeordneten der repräsentativen Parlamente und die im Namen des Volkes Recht sprechenden Richter. Den Beamten aber, denen unser Interesse gilt, glauben sowohl L e i b h o l z als auch C a r l S c h m i t t jede Repräsentanteneigenschaft absprechen zu müssen, weil es ihnen nach ihrer Auffassung an der erforderlichen Unabhängigkeit fehlt³⁾. Dagegen wenden sich K ö t t g e n und G e r b e r .

Bei der repräsentativen Beziehung des Repräsentanten zu der von ihm repräsentierten Wertewelt, so führt K ö t t g e n aus, handele es sich um eine innere Verbindung, die nur innere Selbständigkeit erfordere und nicht in formalrechtliche Unabhängigkeit umgedeutet werden dürfe. Dadurch, daß die Weimarer Verfassung die Beamten als "Diener der Gesamtheit" in betonten Gegensatz zu den Parteien stellte, habe sie gerade ihre innere Abhängigkeit verhindern und ihre unmittelbare Beziehung zu der von ihnen repräsentierten Wertewelt sichern wollen⁴⁾.

1) C. Schmitt, a.a.O., S. 212 ff; Leibholz, a.a.O., bes. S. 74, 81, 89, 166, 176 .

2) Leibholz, a.a.O., S. 72

3) Leibholz, a.a.O., S. 138 Anmerkung 3; C. Schmitt, a.a.O., S. 213 .

4) Köttgen, Beamtenrecht, a.a.O., S. 8, dem neuerdings auch Heyland in vollem Umfange beipflichtet (Heyland, a.a.O., S. 29 ff).

Der von C a r l S c h m i t t¹⁾ zur Unterstützung seiner ablehnenden Auffassung herangezogenen Bestimmung des Titels III, Kapitel IV, Section 2, Art. 2 der französischen Verfassung von 1791, die den mit der Verwaltung des Staates betrauten Personen die Repräsentanteneigenschaft ausdrücklich aberkennt, begegnet K ö t t g e n mit dem Hinweis, daß die Amtsverfassungen sich in Frankreich und Deutschland nach wesentlich verschiedenen Richtungen entwickelt hätten. Er sagt, die deutsche Monarchie habe jenen wertakzentuierten Beamtentyp, der durch eine die Gesamtpersönlichkeit des Beamten erfassende Bindung an die Staatsidee gekennzeichnet sei, als eine der wichtigsten Stützen ihres Staates geschaffen. An diesem wertmäßig akzentuierten Beamtentyp habe auch die Weimarer Republik bewußt festgehalten. Darin, daß die Beamten in Art. 130 Abs. 1 WV zu Dienern der Gesamtheit erklärt worden seien, liege ein eindeutiges Bekenntnis zu dem repräsentativen Charakter des Beamtentums²⁾.

Wie K ö t t g e n so wendet sich auch G e r b e r³⁾ gegen die Verengung des Repräsentationsbegriffes auf die den Staat funktionell zur politischen Einheit integrierende Gruppe von Staatsorganen. Er sieht die Voraussetzungen für eine Anwendung des Begriffes nicht nur dort als gegeben an, "wo es um die politische Willensbildung des Staates geht, sondern auch dort, wo ein Bezug auf die Werte stattfindet, die sich schon im Gesetz gebunden haben". G e r b e r weist darauf hin, daß jedes Gesetz werterfüllt sei und daß mit dem Inkrafttreten eines Gesetzes die Wertwelt nicht versinke, sondern nur der das Wesen der Politik ausmachende Wertwiderstreit sich befriede. Wenn der Beamte Diener des Rechts sei, so argumentiert er, sei er auch berufen, die Werte zu vertreten, die das Gesetz bestimmten.

Der von L e i b h o l z und C a r l S c h m i t t vertretenen Auffassung, daß der Beamte in restloser Abhän-

1) C. Schmitt, a.a.O., S. 213.

2) Köttgen, Beamtenrecht, a.a.O., S. 7/8.

3) vgl. a.a.O., S. 490.

gigkeit von der Regierung wirke und deshalb des repräsentativen Charakters entbehre, hält G e r b e r das Maß von Selbständigkeit entgegen, das nach seiner Überzeugung jedem Beamten grundsätzlich zukommt und geradezu den Kern seiner dienstlichen Stellung ausmacht. Wenn er auch nicht verkennt, daß die Teilnahme des Beamten an der Exekutive mancherlei Bindungen unterliegt und daß hinsichtlich der Stärke dieser Bindungen innerhalb des Beamtentums Abstufungen bestehen, so ergibt sich die Notwendigkeit solcher Bindungen für ihn doch erst aus der grundsätzlichen Selbständigkeit der Beamten.

Wenn der Beamte aber eigenmächtig am Gesetzesvollzug mitwirke, so folgert G e r b e r , sei er auch berufen, Repräsentation zu üben. Diese betreffe jedoch nicht die Legislative, sondern die Exekutive, sie sei deshalb keine politische, sondern eine rechtliche Repräsentation.

§ 5

Kurze Feststellung des Wirklichkeitswertes dieser Thesen als Richtschnur für den Gang in den Hauptteil.

Ein zur Beurteilung beamtenrechtlicher Fragen aus dem Wesen des Beamtentums geschöpfter Maßstab kann seine Evidenz im Wandel der Zeiten nicht einbüßen. Darin liegt sein besonderer Wert. Mag die Gesetzgebung auch noch so umgestaltend in das Beamtenrecht eingreifen, so bleibt seine Gültigkeit davon doch unberührt. Ein guter Gesetzgeber wird zwar stets bestrebt sein, die Rechtsverhältnisse einer staatlichen Institution in einer ihrem Wesen gemäßen Weise zu regeln. Wesenserkenntnisse besitzen aber keinerlei gesetzgeberische Verbindlichkeit. Wesenhaftes kann sich deshalb in der Rechtswirklichkeit widerspiegeln, es braucht dies aber nicht zu sein. Es erhebt sich daher einzig die Frage, ob es mit den fünf Thesen gelungen ist, die Wesenselemente des Beamtentums zutreffend herauszustellen. Kann das bejaht werden, so bedeutet das die Anerkennung ihres Wirklichkeitswertes und damit die Anerkennung ihrer Brauchbarkeit, als Maßstab in der vorliegenden Arbeit zu dienen.

Wenn wir die Thesen unter diesem Gesichtspunkt noch einmal betrachten, so können wir feststellen, daß sie dem, was wir als den innersten Kern des Beamtentums vor unserem geistigen Auge zu erkennen glauben, außerordentlich nahe kommen. Jedenfalls ist eine Möglichkeit, um zu einer noch tiefergehenden Deutung des Beamtentums zu gelangen, nicht sichtbar. Das ist ein Erfolg der verfassungsrechtlichen Betrachtungsweise, die an die Stelle der früheren unzulänglichen individuellen Betrachtungsweise getreten ist. Die verfassungsrechtliche Betrachtungsweise führte notwendig zu den Elementen staatlichen Daseins überhaupt und des modernen organischen Staates insbesondere hin. Erst in diesem Zusammenhang wurde es dann möglich, letzte Wesenselemente des Beamtentums zu erkennen und festzustellen. Es wird sich bei der folgenden Untersuchung der verfassungsrechtlichen Stellung der heutigen Minister zeigen, wie sich die Verwendung der Thesen zur Beurteilung des Verhältnisses zwischen den Ministern und dem Beamtentum als fruchtbar erweist.

Nur gegenüber einer These erscheinen uns Vorbehalte am Platze. Es ist dies die These Köttgens, daß die Beamten mittelbare Staatsorgane sind. Die Möglichkeit, nach dem Bestehen oder Nichtbestehen einer Weisungsunterworfenheit staatlicher Funktionsträger zwischen mittelbaren und unmittelbaren Staatsorganen zu unterscheiden, kann zwar nicht verkannt werden. Auch mag diese Unterscheidung in anderem Zusammenhang durchaus geeignet sein, wesentliche staatsrechtliche Erkenntnisse zu vermitteln. Zu einer wesensmäßigen Erfassung des Beamtentums bleibt sie aber gleichwohl ungeeignet, weil sie, worauf schon Gerber hingewiesen hat¹⁾, seine Einheit, die nun einmal als historische Tatsache feststeht, in unbegründeter Weise

1) vgl. Gerber, Entwicklung und Reform, a.a.O., S. 9

vom Theoretisch-Konstruktiven her in Frage stellt¹⁾.

Damit ist der Weg für unsere Untersuchung vorgezeichnet. Eine Beurteilung der Frage, ob die Minister dem Beamtentum noch zugerechnet werden dürfen, wird vor allem davon abhängen, ob sich die Wesensmerkmale der Beamten bei den heutigen Ministern überhaupt noch nachweisen lassen, ob diese also noch als Träger institutioneller, dem rechtlichen Funktionskreis des Staates angehöriger Staatsorgane und rechtliche Repräsentanten angesehen werden dürfen. Daneben wird es von Bedeutung sein zu wissen, inwieweit die heutigen Minister bereits die Merkmale der den Beamten entgegengesetzten Gruppe staatlicher Organträger aufweisen, inwieweit sie also auch Träger persönlicher, dem politischen Funktionskreis des Staates angehöriger Staatsorgane und politische Repräsentanten sind. Alle diese Feststellungen werden aber nur dann in zulänglicher Weise getroffen werden können, wenn zuvor Klarheit darüber geschaffen wird, wie die Organstellung der Minister heute überhaupt zu denken ist, wie sie sich ganz allgemein in den organschaftlichen Zusammenhang des Staates einordnen. Damit werden wir uns deshalb zuerst zu beschäftigen haben.

1) Es dürfte überdies kaum mit den anderen Thesen vereinbar sein, wenn die These von der mittelbaren Staatsorganschaft der Beamten bei der Lösung beamtenrechtlicher Probleme zum allein entscheidenden Maßstab erhoben wird, wie Köttgen dies bei der Untersuchung des Ministerproblems und verwandter Probleme in seiner Abhandlung über "Sonstige Sonderregelungen der Rechtsverhältnisse von Berufsbeamten" (a.a.O. S. 93 ff) tut. Nach unserer Auffassung müssen beim Vergleich mehrerer staatlicher Organträger ihre Funktionen in den Mittelpunkt aller Betrachtungen gerückt werden, weil der Begriff einer Funktion für das staatliche Ganze untrennbar mit dem Begriff des Staatsorgans verbunden ist (vgl. dazu Helfritz, Allg. Staatsrecht, S. 85 ff). Von diesem Standpunkt aus müssen auch gegen den jüngsten Beitrag zur Lösung des Ministerproblems, den Köttgen mit seiner Abhandlung über "Abgeordnete und Minister als Statusinhaber" (a.a.O. S. 195 ff) geliefert hat, Bedenken erhoben werden.

C. Hauptteil

§ 6

Allgemeine Einordnung der Minister in den organ- schaftlichen Zusammenhang des Staates.

Die Frage nach der Organstellung der Minister wird heute allgemein dahin beantwortet, sie gründe sich in der Regierung¹⁾. Nur selten wird dabei aber bedacht, daß der Regierungsbegriff, so wie ihn die geltenden Verfassungen heute gebrauchen, mehrdeutig ist²⁾.

Er vermag deshalb nur dann Hilfe bei der Bestimmung der den Ministern verfassungsrechtlich zugewiesenen Organstellung zu leisten, wenn die verschiedenen Bedeutungen geklärt werden, die ihm von den geltenden Verfassungen beigelegt wurden.

I. Der Regierungsbegriff des geltenden Verfas- sungsrechts.

Die Regierung besteht, so haben es die Verfassungen mit fast gleichlautenden Worten bestimmt, aus einem als Bundeskanzler oder Ministerpräsident bezeichneten Oberminister und aus den anderen Ministern³⁾⁴⁾. Sie tritt aber eigenartigerweise nicht nur als Kollegium in Funk-

1) vgl. v. Mangoldt, a.a.O., Vorbem. 2 zum Abschnitt "Die Bundesregierung" sowie Anm. 2 zu Art. 62 GG; Meder, Bonner Komm., Erl. zum Abschnitt "Die Bundesregierung" u. z. Art. 62 GG; Nawiasky, Hd. komm. z. Bayer. Verf., System. Überblick, Ziff. 5 u. Erl. z. Art. 43; Süsterhenn-Schäfer, Komm. z. Verf. Rheinland-Pfalz, Vorbem. 3 zum 2. Unterabschnitt "Die Landesregierung" u. Anm. 2 zu Art. 98; Geller-Kleinrahm, a.a.O., Anm. 1 zu Art. 51 Verf. Nordrhein-Westfalen; Münch, a.a.O., S. 203 ff.

2) Für die Weimarer Verfassung hat darauf schon Poetzsch-Heffter 1. Hdb. d. dt. StR., Bd. I S. 512 hingewiesen.

3) vgl. Art. 62 GG; Art. 43 Abs. 2 Verf. Bayern; Art. 100 Verf. Hessen; Art. 98 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 21 LS. Schleswig-Holstein; Art. 51 Verf. Nordrhein-Westfalen; Art. 45 Abs. 2 Verf. Baden-Württemberg.

4) Die Tatsache, daß nach der Bayer. Verf. und der des Landes Baden-Württemberg auch Staatssekretäre bzw. Staatsräte mit zur Regierung gehören, kann ohne Schaden für die Untersuchung außer Betracht bleiben.

tion, wie man es nach dieser Bestimmung zunächst erwarten könnte, vielmehr sind die Minister daneben auch als einzelne berufen, staatliche Lebenswirksamkeit zu entfalten. Das ist eine Folge davon, daß sowohl das Bonner Grundgesetz als auch die Landesverfassungen des Bundesgebietes nach dem Vorbilde der Weimarer Verfassung drei verschiedene Regierungssysteme miteinander verbunden haben. Es handelt sich dabei um das Kollegialsystem, das Premierministersystem und um das Ressortministersystem.

Nach dem Kollegialsystem werden sämtliche Minister in einem Kollegium zusammengefaßt. Innerhalb dieses Kollegiums wird zwar jedem von ihnen in der Regel ein Geschäftsbereich oder Ressort - wie der Geschäftsbereich in der Amtssprache gerne genannt wird - übertragen, sie bleiben aber bei der Leitung desselben an die Mehrheitsbeschlüsse des Kollegiums gebunden, so daß der Schwerpunkt eindeutig auf dem Kollegium liegt¹⁾.

Demgegenüber ragt beim Premierministersystem ein Minister aus der Reihe seiner beim Kollegialsystem grundsätzlich gleichberechtigten Ministerkollegen besonders hervor. Und zwar ist seine Sonderstellung durch die Einräumung entscheidenden Einflusses auf die personelle Zusammensetzung der Regierung sowie dadurch begründet, daß einzig ihm das Recht vorbehalten ist, die Richtlinien der Politik zu bestimmen²⁾.

Im Unterschied zu diesen beiden Systemen kennt das Ressortministersystem weder eine Unterwerfung der einzelnen Ressortleiter unter die Dienstgewalt eines Premierministers noch unter den Mehrheitswillen des Ministerkollegiums. Die Ressortleiter sind in Angelegenheiten ihres Ressorts vielmehr unabhängig, können also vom Rate der Gesamtheit nicht überstimmt werden.

1) vgl. Nawiasky, Allg. Staatslehre, 2. Teil, Bd. I S. 265; Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches v. 11. 8. 1919, Anm. 2 zu Art. 52.

2) vgl. Nawiasky, a. a. O.

Der Ministerpräsident hat bei diesem System nur die Stellung eines ersten unter Gleichen¹⁾.

Die Verbindung der drei beschriebenen Systeme, wie sie die geltenden Verfassungen hergestellt haben, tritt besonders deutlich in einer Bestimmung zutage, die in allen Verfassungen wiederkehrt. Im Bonner Grundgesetz ist dies die Bestimmung des Art. 65. Wenn es dort heißt, daß der Bundeskanzler - bzw. in den Ländern der Ministerpräsident - die Richtlinien der Politik zu bestimmen habe und daß die Minister innerhalb dieser Richtlinien ihren Geschäftsbereich selbständig zu leiten haben und daß endlich das Ministerkollegium über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Ministern zu entscheiden habe, so war für den ersten Teil dieser Bestimmung das Premierministersystem, für den zweiten das Ressortministersystem und für den dritten das Kollegialsystem das maßgebliche Gestaltungsprinzip²⁾.

Aus dieser Bestimmung und ihrer Einordnung in den mit den Worten "Die Regierung" überschriebenen Verfassungsabschnitt folgt, daß sowohl der Bundeskanzler bzw. Ministerpräsident als auch ein Ressortminister oder das häufig als Kabinetts oder Gesamtministerium bezeichnete Ministerkollegium im Einzelfall "die Regierung" sein können. Wenn das geltende Verfassungsrecht den Regierungsbegriff aber in so verschiedenen Bedeutungen gebraucht, kann es nur dann noch sinnvoll sein, von einem Staatsorgan "Regierung" zu sprechen, wenn der Bundeskanzler bzw. der Ministerpräsident ebenso wie die Ressortleiter und das Ministerkollegium lediglich als besondere Erscheinungsformen dieses sie umfassenden einheitlichen Staatsorgans aufzufassen sind. Ob eine solche Auffassung haltbar ist, kann zutreffend nur vom Begriff des Staatsorgans her beantwortet werden.

1) vgl. Anschütz, a.a.O., S. 29.

2) vgl. Mangold, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 65 GG; Krabbenhöft in "Der öffentliche Dienst" 1950 S. 148; Jahrbuch d. öffentl. Rechts I S. 437; Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, S. 43; Münch, a.a.O., S. 205/206.

II. Der Regierungsbegriff und der Begriff des Staatsorgans.

Der Begriff des Staatsorgans, das ist in der Staatsrechtswissenschaft unbestritten, gewinnt nur dann einen Sinn, wenn es möglich ist, ihn zu einer Funktion innerhalb eines staatlichen Lebensganzen in Beziehung zu setzen¹⁾. Ob die Aufmerksamkeit dabei aber auf die physische Person des verfassungsmäßig zu staatlicher Organtätigkeit Berufenen zu lenken ist oder auf die von dieser Person zu trennende kompetenzbegabte Stelle, darüber gehen die Auffassungen, wie schon der Gegensatz zwischen Köttgen und Gerber zeigte²⁾, auch heute noch auseinander. Während die erste Auffassung von Haenel³⁾, Loening⁴⁾, Fleiner⁵⁾, Waldecker⁶⁾, Stier-Somlo⁷⁾ und - mit besonderem Nachdruck - von Kelsen⁸⁾ vertreten worden ist, haben Georg Jellinek⁹⁾, Hugo Preuss¹⁰⁾, Hatschek¹¹⁾ und Friesenhahn¹²⁾ die zweite verfochten.

Wenn auch kaum gesagt werden kann, daß der Begriff in einem Falle richtig, im anderen aber unrichtig gebraucht werde, so muß, um damit arbeiten zu können, dennoch Einigkeit über den Sachverhalt bestehen, der darunter ver-

1) vgl. statt vieler den Überblick bei Helfritz, Allg.Staatsrecht, S. 85 ff.

2) vgl. oben S. 15.

3) Haenel, Deutsches Staatsrecht, S. 85.

4) Loening, Edgar, Lehrbuch d. Verwaltungsrechts, S. 11.

5) Fleiner, Fritz, Institutionen d. dt. Verwaltungsrechts, S. 137.

6) Waldecker, Allg. Staatslehre, S. 683.

7) Stier-Somlo, Reichs- u. Landesstaatsrecht, S. 290.

8) Kelsen, Hans, Allg. Staatslehre, S. 269; derselbe, Hauptprobleme d. Staatsrechtslehre, S. 463 ff, 524.

9) Jellinek, Georg, Allg. Staatslehre, S. 567; derselbe, System d. subj. öfftl. Rechte, S. 228 ff.

10) Preuss, Hugo, Das städtische Amtsrecht, S. 11, 337.

11) v. Hatschek, Julius, Lehrbuch d. dt. u. preuß. Verwaltungsrechts, Leipzig 1931, S. 65.

12) Friesenhahn, Hdb. d. dt. StR., Bd. II, S. 523 ff.

standen werden soll. Für die Bestimmung der den Ministern zugewiesenen Organstellung kommt hinzu, daß man zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangt, je nachdem man ihre individuellen Personen oder die davon getrennt zu denkenden Institutionen als Staatsorgane betrachtet. Betrachtet man die abstrakten Institutionen als Staatsorgane, so kann ein und derselbe Minister - sei es nun allein oder sei es im Verein mit seinen Ministerkollegen - durchaus als Träger an mehreren Staatsorganen beteiligt sein. Es ist das allein davon abhängig, an wieviel organisatorisch voneinander getrennten Aufgabenbereichen er verfassungsmäßig beteiligt ist. Wenn es dagegen die individuellen Personen der Minister sind, denen Organeigenschaft zukommt, so scheidet die Annahme mehrfacher Staatsorganschaft von vornherein aus, weil die Vorstellung, daß die Funktionen verschiedener Organe desselben Staatswesens von ein und derselben Person bzw. Personenmehrheit ausgeübt werden, nicht gut vollziehbar ist. Da die Minister sämtlich Glieder eines Ministerkollegiums sind, bleibt in diesem Falle nur die Möglichkeit, die Regierung als einheitliches Staatsorgan zu begreifen. Die Tatsache, daß die Minister außerhalb des Ministerkollegiums auch als einzelne staatliche Organaufgaben wahrzunehmen haben, ist bei dieser Betrachtungsweise keiner besonderen Deutung mehr fähig.

Es besteht nun nicht die Absicht, die Beweisführung der beiden divergierenden Auffassungen im einzelnen nachzuprüfen. Das könnte nur in einer besonderen Untersuchung geschehen. Im Rahmen dieser Arbeit sollen nur diejenigen Gesichtspunkte aufgezeigt werden, die uns für die inhaltliche Bestimmung des Organbegriffes wesentlich erscheinen. Das sind die folgenden.

Der Organbegriff hat seinen Ursprung nicht im Bereich der Staatsrechtswissenschaft, sondern, wie Georg Jellinek in seinen Untersuchungen nachgewiesen hat¹⁾, im Bereich

1) Georg Jellinek, System d. subj. öfftl. Rechte, 2. Aufl. Tübingen 1919, S. 36 ff.

der Naturwissenschaft. Die Staatsrechtswissenschaft hat ihn von dort entlehnt, um das Phänomen Staat im Wege eines Vergleichs mit naturgegebenen Organismen begreifbar zu machen¹⁾. Da nun die Gegebenheiten im staatswissenschaftlichen Bereich andere sind als im naturwissenschaftlichen, war sie genötigt, seinen Inhalt jenen Gegebenheiten anzupassen. Dabei ist man vielfach zu weit gegangen.

Es bedarf keines Beweises, daß der Organbegriff der Staatsrechtswissenschaft nur dann wirkliche Hilfe bei der methodischen Verarbeitung ihres umfangreichen Erfahrungsstoffes zu leisten vermag, wenn sie sich seiner Herkunft bewußt bleibt. Deshalb müssen die Organe natürlicher Organismen solange der maßgebliche Orientierungspunkt jeder juristischen Konstruktion des Organbegriffes bleiben, als nicht zwingende juristische Gründe eine Abweichung davon gebieten.

Beachtet man dies, so kann die Entscheidung der Frage, ob es die physischen Personen bzw. Personenmehrheiten der zu staatlicher Organtätigkeit Berufenen oder aber die von diesen zu trennenden abstrakten Institutionen sind, die als Staatsorgane betrachtet werden müssen, kaum zweifelhaft sein. Denn eine Orientierung an den natürlichen Organen ergibt, daß sie als Teil eines Ganzen diesem wesensgleich sein müssen. Da nun der Staat, ganz gleich von welchem Standpunkt aus man ihn auch betrachten mag, niemals eine körperliche, sondern immer nur eine geistige Realität darstellt, kann ihm auch nur die von der körperlichen Existenz ihres Trägers getrennte und dadurch vergeistigte Organinstitution wesensgleich sein.

Man hat geglaubt, dieses Ergebnis dadurch zu Fall bringen zu können, daß man sagte: Der Staat brauche Organe, weil er Menschen nötig habe, die für ihn handelten. Wenn man ihm Institutionsorgane schaffe, so

1) vgl. hierzu auch die Ausführungen Hans Gerbers, Begriff u. Wesen, a.a.O., S. 29 ff.

sei man nicht der Mühe enthoben, diesen wiederum in Menschen Organe zu schaffen¹⁾. Dazu ist zu bemerken, daß es sicherlich nicht mit der Schaffung abstrakter Institutionen getan ist. Die Organinstitutionen werden aber dadurch rechtlich wirkungsfähig, daß das Recht ihnen menschliche Träger bestellt. Es besteht deshalb insoweit kein Hindernis, die Staatsorgane als Institutionen oder - anders ausgedrückt - als kompetenzbegabte Stellen zu begreifen und von der Person ihrer individuellen Träger zu unterscheiden.

Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß die Regierung in jenem umfassenden Sinne, der den geltenden Verfassungen zugrunde liegt, keine einheitliche Institution mehr darstellt. Die Verfassungen haben die Regierungsaufgaben stark zergliedert und zahlreichen aufgabenmäßig zwar eng zusammengehörenden, organisatorisch aber bewußt voneinander getrennten Institutionen übertragen. Die Regierung kann deshalb nicht mehr als ein einheitliches Staatsorgan, sondern nur als Organbereich begriffen werden, in dem es so viele Staatsorgane gibt, wie es Stellen gibt, denen von den anderen Regierungsstellen gesonderte Aufgaben zugewiesen wurden. Damit ist zugleich klargestellt, daß es zu einer Bestimmung der den Ministern verfassungsrechtlich zugewiesenen Organstellung der Feststellung bedarf, welche Kompetenzkomplexe der Organbereich der Regierung umfaßt und in welcher Weise der einzelne Minister daran beteiligt ist.

III. Einordnung der Minister in den organschaftlichen Zusammenhang des Staates mit Hilfe des Organbegriffes.

Wenn eine Regierung zugleich nach dem Kollegialsystem, dem Premierministersystem und dem Ressortministersystem gestaltet wird, wie das im Bonner Grundgesetz und in den Landesver-

1) Kelsen, Hauptprobleme, a.a.O., S. 523 ff.

fassungen des Bundesgebietes geschehen ist, so ist damit notwendig die Schaffung gesonderter Zuständigkeitsbereiche für das Ministerkollegium, den Premierminister und die Ressortminister verbunden. Es ist kennzeichnend für die relative Unentwickeltheit unseres Verfassungsrechts, daß es dafür keine besonderen, nur diesen Institutionen eigentümliche Begriffe zur Verfügung stellt, sondern sich darauf beschränkt, im Falle der monokratisch organisierten Institutionen auf die Dienstbezeichnungen ihrer Träger zurückzugreifen (Bundeskanzler, Ministerpräsident, Ressortminister) und im Falle der Kollegialinstitution in der Regel einfach von der Bundes- bzw. Landesregierung zu sprechen. Eine Ausnahme bilden lediglich die Verfassungen von Niedersachsen¹⁾ und Hessen²⁾, die für die Kollegialinstitution die Begriffe Landesministerium bzw. Kabinett verwenden.

Für eine Beantwortung der Frage nach der Beteiligung des einzelnen Ministers an den genannten Institutionen ist es wichtig, daß sämtliche Minister Mitglieder des Ministerkollegiums sind. Denn sie haben dadurch neben den ihnen in ihrer Eigenschaft als Premier- oder Ressortminister obliegenden Aufgaben auch teil an den Aufgaben des Ministerkollegiums. Daraus folgt, daß die Minister gleichzeitig Träger bzw. Mitträger zweier Staatsorgane sind, eines monokratischen und eines kollegialen. Sie bekleiden also, das gilt es festzuhalten, eine doppelte Organstellung im Staate.

Indessen ist auch diese Regel nicht ohne Ausnahmen. Die eine Ausnahme bilden die Minister für Sonderaufgaben oder - wie sie zur Unterscheidung von den Ressortministern oft genannt werden - die Minister ohne Geschäftsbereich. Ausdrücklich erwähnt werden sie zwar nur von der Bayerischen Verfassung³⁾, eine

1) vgl. Art. 28 Abs. 2 der vorl. Verfassung v. Niedersachsen.

2) vgl. Art. 100 Verf. Hessen.

3) vgl. Art. 49 Abs. 2 Verf. Bayern.

feststehende Staatspraxis hält ihre Berufung aber ganz allgemein für zulässig¹⁾. Daß diese Minister derzeit eine wirkliche Ausnahmeerscheinung darstellen, zeigt sich im Falle der Bayerischen Verfassung darin, daß ihre Zahl dort auf höchstens zwei beschränkt worden ist. Auch in der Bundesrepublik befinden sie sich gegenüber den Ressortministern entschieden in der Minderheit²⁾. Ob sie allerdings eine Ausnahmeerscheinung bleiben werden, kann nur die Zukunft erweisen.

Die Gründe für die Berufung der Minister für Sonderaufgaben ergeben sich aus einer Regierungserklärung, die der Bundeskanzler in diesem Zusammenhang abgegeben hat³⁾. Er führte aus, daß die Vergrößerung des Kabinetts auf dem Bestreben beruhe, möglichst viele Gruppen wirksam an der Verantwortung teilnehmen zu lassen, das politische Element im Kabinett stärker zur Geltung zu bringen und dadurch auch eine engere Verbindung mit den hinter dem Kabinett stehenden Fraktionen des Bundestages und mit diesem selbst herbeizuführen. Er hob ferner hervor, daß es sich als notwendig herausgestellt habe, durch Mitglieder des Kabinetts dessen Politik auf Versammlungen von Organisationen und überhaupt in der Öffentlichkeit in stärkerem Umfange als bisher darzulegen.

Es fragt sich, welche Folgerungen für eine Einordnung dieser Minister in den organschaftlichen Zusammenhang des Staates aus dieser Sonderstellung gezogen werden müssen. Sicher ist, daß auch sie Mitglieder des Ministerkollegiums sind und damit zu den Trägern dieser Kollegialinstitution gehören. Zweifelhaft kann es aber sein, ob die ihnen im Einzelfall übertragenen Sonderaufgaben dazu berechtigen, ihnen gleich dem Premier- und den Ressortministern auch insoweit eine gesonderte monokratische Organstellung zu-

1) vgl. v. Mangoldt, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 62 GG; Meder, Bonner Komm., a.a.O., S. 2; Nawiasky, Grundgedanken, a.a.O., S. 93; Maunz, a.a.O., S. 217; Münch, a.a.O. S. 197; Köttgen, Bundesregierung und oberste Bundesbehörden, DÖV 1954 S. 4 ff.

2) Im Zuge der Regierungsneubildung nach den Bundestagswahlen des Jahres 1953 wurden neben vierzehn Ressortministern vier Minister für besondere Aufgaben berufen.

3) vgl. Bundestagsprotokoll, 3. Sitzung v. 20.10.1953.

zuerkennen. Auf den ersten Blick scheint manches dafür zu sprechen. Bei näherem Hinsehen zeigt sich aber, daß die Aufgaben der Minister für Sonderaufgaben lediglich aus den Aufgaben des Ministerkollegiums abgeleitet sind und nach ihrer Bedeutung den Aufgaben eines Ressorts oder des Premiers keinesfalls gleichgesetzt werden dürfen. Wollte man auch im Falle dieser Minister von einer doppelten Organstellung sprechen, so liefe man Gefahr, den Begriff des Staatsorgans zu verwässern.

Der zuletzt behandelten Gruppe von Ministern sehr nahe steht in der Bundesrepublik ein Bundesminister, der zwar äußerlich als Ressortminister erscheint, in Wahrheit aber auch nur einen aus dem Aufgabenbereich des Ministerkollegiums entlehnten Sonderauftrag erhalten hat. Es ist dies der Bundesminister für Angelegenheiten des Bundesrates. Auch die Einrichtung dieser Stelle dürfte weniger sachlich, von der Aufgabenseite her, bestimmt worden sein, als vielmehr von dem Bestreben, "das politische Element im Kabinett zu stärken" und zugleich die Ansprüche der Regierungskoalition auf möglichst breiter Basis zu befriedigen.

Die andere Ausnahme bilden die Fälle, in denen ein Premierminister zusätzlich die Leitung eines Geschäftsbereiches ¹⁾ oder ein Ressortminister gleichzeitig zwei Geschäftsbereiche übernimmt. Der erste Fall wird ausdrücklich in der Verfassung Bayerns, der zweite in der Verfassung Baden-Württembergs erwähnt ²⁾. In diesen Fällen erscheint es gerechtfertigt, die Organstellung der Minister als eine dreifache anzusprechen.

Wir können das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchung sonach dahin zusammenfassen, daß die Minister die Träger der im Organbereich "Regierung" bestehenden Staatsorgane

1) Beispiel: Übernahme des Außenministeriums durch Bundeskanzler Dr. Adenauer im März 1951 und erneut im Zuge der Regierungsneubildung des Jahres 1954.

2) vgl. Artikel 50 Abs. 1 Satz 2 Verf. Bayern und Art. 49 Abs. 3 Verf. Baden-Württemberg.

sind und dabei im Regelfalle eine doppelte Organstellung bekleiden, daß es aber auch Ausnahmefälle gibt, in denen ihre Organstellung eine ein- oder dreifache ist.

Wir verkennen indessen nicht, daß gegen die hier entwickelte Auffassung gewichtige Einwände erhoben werden können. Mit ihnen wollen wir uns in dem nun folgenden Absatz auseinandersetzen.

IV. A u s e i n a n d e r s e t z u n g m i t G e g e n a n s i c h t e n .

Eine Kritik unserer Auffassung wird zunächst dort ansetzen, wo wir dazu gelangen, die Regierung in ihrer heutigen Gestalt nicht mehr als ein einheitliches Staatsorgan, sondern als einen Organbereich zu betrachten, der eine Vielzahl verschiedenartiger Staatsorgane umfaßt. Es könnte eingewandt werden, die Aufteilung der Aufgaben, die einem kollegial organisierten Staatsorgan übertragen sind, auf einzelne oder mehrere seiner individuellen Träger sei keine Besonderheit, sondern entspräche einem praktischen Bedürfnis, das die kollegiale Struktur eines solchen Organs mit sich bringe, und berechtige deshalb nicht, jedem so geschaffenen Kompetenzkomplex seinerseits in bezug auf den Staat Organeigenschaft zuzuerkennen. Man könnte in Anlehnung an Richard Thoma¹⁾ sagen, daß es sich hier allenfalls um Organe der "inneren Sphäre" jenes kollegialen Staatsorgans handle und darauf verweisen, daß die Ausschüsse, die beim Bundestag und bei den Landtagen nach Bedarf gebildet werden können²⁾, weitere Beispiele für solche der inneren Sphäre eines Kollegialorgans angehörenden Organe liefern.

So bestechend eine solche Argumentation auch klingen mag, so kann sie doch nicht über die grundsätzlichen organisatorischen Unterschiede hinwegtäuschen, die zwischen dem Sachverhalt Parlament und dem Sachverhalt Regierung bestehen. Das Parlament stellt tatsächlich einen einheitlichen Kompetenz-

1) vgl. dazu Richard Thoma, Hdb.d.dt.StR., Bd.II S.615.

2) vgl. Art.44,45 GG; Art.36 Verf.Baden-Württemberg;
Art.25,26 Verf.Bayern; Art.92,93 Verf.Hessen.

komplex dar. Denn die seinen Ausschüssen übertragenen Aufgaben haben keine unmittelbare Beziehung zum Staate selbst, sondern dienen der Vorbereitung und Durchführung der dem Parlament übertragenen staatlichen Aufgaben und gewinnen erst durch dieses - gleichsam mittelbar - Bedeutung für den Staat. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, die Ausschüsse als auf dem inneren Verfassungsrecht des Staatsorgans Parlament beruhende Organe anzusehen oder auch, wie dies in der Bayerischen Verfassung geschieht, von ihnen als Organteilen zu sprechen¹⁾. Im Falle der Regierung liegen die Dinge aber anders. Es kann hier keine Rede davon sein, daß auch die den Ministern als einzelnen zugewiesenen Aufgaben primär solche eines als über ihnen stehend zu denkenden Kollegialorgans Regierung sind, das einen Teil seiner Aufgaben aus praktischen, vornehmlich arbeitsteiligen Gründen auf eigene Organe weiterübertragen hätte. Damit wäre weder die dem Premierminister bei der Bestimmung der Richtlinien der Politik noch die den Ressortministern bei der Leitung ihres Geschäftsbereiches eingeräumte Selbständigkeit zu vereinbaren. Es handelt sich vielmehr um eine originäre verfassungsrechtliche Verteilung staatsleitender Funktionen auf verschiedene Gewaltträger.

Daran ändert auch die in einer ganzen Reihe von Verfassungen wiederkehrende Formel nichts, die besagt, daß die Regierung die vollziehende Gewalt im Staate auszuüben hat²⁾. Eine isolierte Betrachtung dieser Formel und der Versuch, sie allein aus sich heraus auszulegen, könnten zwar dazu verleiten, ihre Bedeutung darin zu erblicken, einen Kompetenzkomplex "Regierung" zu schaffen und abzugrenzen. Die isolierte Betrachtung einzelner Verfassungsbestimmungen birgt aber immer die

1) vgl. Art. 64 Verf. Bayern u. die Anmerkung dazu im Hdkomm. von Nawiasky-Leusser.

2) vgl. Art. 5 Abs. 2 Verf. Bayern; Art. 45 Abs. 1 Verf. Baden-Württemberg; Art. 19 vorl. Verf. Niedersachsen.

Gefahr von Fehlschlüssen in sich¹⁾. Diese Erfahrung bewahrt sich auch hier. Stellt man die Formel in den größeren Sinnzusammenhang der Verfassungen, so zeigt sich deutlich, daß sie einzig dazu bestimmt sein kann, ein grundsätzliches Bekenntnis zum Gewaltenteilungsprinzip abzulegen²⁾.

Allerdings gibt es unter den Aufgaben, die von den Ministern als einzelne wahrzunehmen sind, auch solche, die aus den Zuständigkeiten des Ministerkollegiums abgeleitet sind. Es ist dies vor allem die Aufgabe des Premierministers, den Vorsitz im Ministerkollegium zu führen und seine Geschäfte zu leiten³⁾, die damit zusammenhängt, daß jedes Kollegium, um funktionieren zu können, eines Vorsitzenden bedarf. Ferner gehört dazu die Landesministern bisweilen zufallende Aufgabe, das Land im Bundesrat zu vertreten. Diese Ausnahmen bestätigen aber nur die Regel.

Ein weiterer Einwand gegen die von uns vertretene Auffassung könnte aus dem von Rudolf Smend als "Kerngedanke des Kabinettsrechts" bezeichneten Solidaritätsprinzip hergeleitet werden⁴⁾. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, daß die im Interesse der Effektivität einer Regierung und damit im Interesse der Integration eines Staates von allen an der Regierung beteiligten Personen zu fordernde engste Zusammenarbeit nicht nur zu einer tatsächlichen, sondern auch zu einer rechtlichen Einheit bei der Erfüllung der Regierungsaufgaben führen müsse und daß deshalb eine gesonderte staatsrechtliche Erfassung der einzelnen im Bereich der Regierung aus organisatorischen Rücksichten gebildeten Kompetenzkomplexe fehl am Platze sei. Auch dieser Einwand greift indessen nicht durch.

1) Das zu betonen, hat sich auch das Bundesverfassungsgericht schon mehrfach veranlaßt gesehen, zuletzt im Südwest-Staat-Urteil, NJW 1951 S.877.

2) so auch Nebinger, a.a.O.; Anm. 1 zu Art. 69 Verf. Württemberg-Baden; Geller-Kleinrahm, a.a.O., Erl. zu Art. 3 Verf. Nordrhein-Westfalen.

3) vgl. z.B. Art. 65 S.4 GG; Art. 49 Abs. 1 S. 2 Verf. Baden-Württemberg.

4) Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S.147 ff.

Der Tatbestand der Solidarität beruht, wie Leibholz aufgezeigt hat¹⁾, wesensmäßig auf der Vorstellung von der Einheit der Gruppe, die durch das Handeln ihrer Glieder in ihrer Gesamtheit berechtigt und verpflichtet wird. Da solidarisches Verhalten immer nur von Menschen gefordert werden kann, kann auch, wenn von Solidarität gesprochen wird, niemals das Staatsorgan als eine durch einen bestimmten Kompetenzkomplex gekennzeichnete abstrakte Institution, sondern allein sein menschlicher Träger im Blickpunkt stehen. Wäre nun die Regierung als ein einheitliches Kollegialorgan zu begreifen, so wäre kein Grund vorhanden, von ihren menschlichen Trägern Solidarität zu verlangen. Denn die Effektivität kollegial organisierter Staatsorgane wird schon durch deren innere Verfassung ausreichend gesichert. Nur in den Fällen, in denen von vornherein keine organisatorische Einheit vorhanden ist, es aber gleichwohl darauf ankommt, daß mehrere Institutionen in möglichst vollkommener Weise zusammenwirken, ist es sinnvoll, von ihren Trägern Solidarität zu fordern. Das ist aber die Lage, in der sich die mit Regierungsaufgaben betrauten Staatsorgane befinden. Die Verfassungsgeber haben ihr dadurch gerecht zu werden versucht, daß sie die Träger der monokratischen Regierungsorgane gleichzeitig zu Trägern des kollegialen Regierungsorgans bestellten. In dieser Personalunion, und nicht, wie Glum meint²⁾, in dem Satz "Die Bundesregierung besteht aus dem Bundeskanzler und aus den Bundesministern", findet das Solidaritätsprinzip seinen verfassungsrechtlichen Ausdruck³⁾.

Abschließend wollen wir uns noch mit einem Einwand auseinandersetzen, der im Anschluß an die von Otto von Gierke entwickelten Gedankengänge speziell gegen die

1) Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, S. 30.

2) Glum, Die staatsrechtliche Stellung der Reichsregierung, S. 3 ff.

3) Das Solidaritätsprinzip hat auch in den §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 12 und 28 Abs. 2 der GO der Bdsreg. (GMBL. 1951/138) seinen Niederschlag gefunden.

von uns vertretene Auffassung erhoben werden könnte, daß es sich auch bei den von den Ressortministern getragenen Institutionen um eine besondere Gruppe von Staatsorganen handelt. Gierke hat nämlich in seiner berühmten Genossenschaftstheorie¹⁾ gefordert, daß das Organ eines Verbandes, um als solches anerkannt werden zu können, in solcher Weise als verfassungsmäßige Einrichtung begründet sein müsse, daß zu seiner Beseitigung oder Umwandlung stets eine Verfassungsänderung vonnöten sei. Wenn wir die Verfassungen daraufhin überprüfen, so müssen wir feststellen, daß mit Ausnahme der Bayerischen Verfassung²⁾ sonst keine die Zahl und die Art der im Einzelfall zu errichtenden Ressorts genau festgelegt hat. Aus einzelnen Bestimmungen des Bonner Grundgesetzes beispielsweise erhellt lediglich, daß dort vom Vorhandensein eines Ressorts für die Justiz und eines weiteren für die Finanzen ausgegangen wird³⁾. Es ist also, wenn unter Verfassungsänderungen Änderungen des Wortlauts oder Wortsinns der Verfassungsurkunden verstanden werden, weder für eine Beseitigung der Mehrzahl der gegenwärtig in Bund und Ländern bestehenden Ressorts noch für die Schaffung neuer eine Verfassungsänderung erforderlich.

Es erscheint aber zweifelhaft, ob Gierke, als er das Erfordernis einer Verfassungsänderung für die Schaffung und Beseitigung von Organen feststellte, dabei an die Verfassungsurkunde gedacht hat. Manches in seinen Ausführungen spricht dafür, daß er lediglich den jeweiligen Verfassungszustand im Auge hatte. Schon Köttgen hat es abgelehnt, aus dem unmittelbaren oder nur mittelbaren Beruhen einer staatlichen Einrichtung auf der Verfassung (im Sinne der Verfassungsurkunde) Folgerungen für oder gegen die Annahme ihrer Organeigenschaft zu ziehen⁴⁾.

1) S. 673/674.

2) vgl. Art. 49 Verf. Bayern.

3) vgl. Art. 95, 96, 108 Abs. 4, 112, 114 GG.

4) Berufsbeamtentum S. 11 und daselbst Anm. 1.

Dem ist beizutreten. Denn eine Bestimmung der Zahl und Art der zu errichtenden Ressorts ist in den geltenden Verfassungen nicht deshalb unterblieben, weil diese Einrichtungen verfassungsrechtlich anders zu qualifizieren wären als etwa die des Bundespräsidenten, des Bundeskanzlers oder des Parlaments, sondern allein aus dem Grunde, um die Einteilung der Ressorts den sich rasch ändernden Zeiterfordernissen gerade in der Periode des Wiederaufbaus deutscher Staatlichkeit auf einfache Weise anpassen zu können. Das bestätigt das Beispiel der Bayerischen Verfassung. Während danach jede sonstige Änderung der Verfassung vom Zustandekommen einer Zweidrittelmehrheit im Landtag und dem Ausfall eines obligatorischen Volksreferendums abhängig gemacht wird¹⁾, genügt für eine Erhöhung oder Verminderung der Zahl der Geschäftsbereiche ein einfacher Landtagsbeschluß²⁾. Damit sind die Ressorts in Bayern aber nicht stärker gesichert, als das im Bund oder in den Ländern der Fall ist³⁾.

Aus alledem folgt, daß es für die Anerkennung der Organeigenschaft einer staatlichen Institution nicht darauf ankommen kann, ob ihre Errichtung ausdrücklich in der Verfassung angeordnet ist, sondern allein darauf, daß sich der Rechtsgrund für ihre Existenz letztlich in der Verfassung findet. Da aber sowohl das Bonner Grundgesetz als auch die Landesverfassungen des Bundesgebietes in ihren Bestimmungen von dem Vorhandensein von Ressorts ausgehen, ist diese Voraussetzung damit als erfüllt anzusehen.

Mit diesen Darlegungen ist die Untersuchung der drei Fragen, von deren Beantwortung die Beur-

1) vgl. Art. 75 Abs. 2 Verf. Bayern .

2) vgl. Art. 49 Abs. 3 Verf. Bayern .

3) vgl. z.B. Art. 105 Abs. 2 Verf. Rheinland-Pfalz, Art. 45 Abs. 3 Verf. Baden-Württemberg .

teilung des Verhältnisses der heutigen Minister zum Beamtentum entscheidend abhängt, genügend vorbereitet. Wir wollen uns zunächst der Frage zuwenden, die die Beteiligung der Minister am politischen und am rechtlichen Funktionskreis des Staates betrifft.

§ 7

Zur Frage der Beteiligung der Minister am rechtlichen und am politischen Funktionskreis des Staates.

Wenn die Minister die Träger der von den Verfassungen allgemein unter dem Begriff Regierung zusammengefaßten Staatsorgane sind, dann sind sie in dem Maße am rechtlichen und am politischen Funktionskreis des Staates beteiligt, in dem diese Staatsorgane rechtliche und politische Funktionen auszuüben haben.

Welche Funktionen dabei als rechtliche und welche als politische anzusehen sind, das läßt sich unschwer aus Gerbers Bestimmung der Begriffe Recht und Politik ableiten, wie sie seiner Unterscheidung rechtlicher und politischer Staatsorgane zugrunde liegen¹⁾. Wenn Gerber das Recht - genauer die Rechtsordnung - als den Inbegriff der zum Zwecke zeitbedingter Selbstbefriedigung einer unbedingt verantwortlichen Volksgemeinschaft objektivierten abstrakten Erkenntnis- und Wertgrundsätze definiert, dann wird man als rechtliche Gemeinschaftsfunktionen diejenigen anzusehen haben, die in der Verwirklichung dieser Grundsätze, insbesondere der Ausführung der darin enthaltenen Aufträge bestehen. Und wenn er die Politik als die fortdauernd notwendige Anpassung der Gemeinschaftsgrundsätze an die sich wandelnde Erkenntnis und Bewertung der Gemeinschaftsmöglichkeiten begreift, dann wird man zu den politischen Funktionen alle diejenigen Staatstätigkeiten rechnen müssen, die ihrem Wesen nach schöpferische Entscheidung über die die Volksge-

1) Vgl. oben S. 20

meinschaft berührenden Ziele sind. Mit Hilfe dieser beiden Maßstäbe gilt es also zu prüfen, ob die den Regierungsorganen zugewiesenen Funktionen rechtlicher oder politischer Natur sind.

I. Prüfung der den Regierungsorganen zugewiesenen Rechtsetzungsfunktionen auf ihren rechtlichen und politischen Gehalt.

Obwohl die Rechtsetzung im Bund und in den Ländern ein Primat der Parlamente ist, ist die Zahl und die Vielfalt der Fälle, in denen die Regierungsorgane daran beteiligt sind, doch so groß, daß es nützlich erscheint, die Prüfung mit einem kurzen Überblick zu beginnen.

In politisch ausgeglichenen Zeiten ist zunächst das Recht zur Gesetzesinitiative zu nennen, das die Verfassungen auch dem Ministerkollegium verliehen haben¹⁾, und zwar einheitlich²⁾. Soweit auch andere Staatsorgane zur Gesetzesinitiative berufen sind, wie z.B. in der Bundesrepublik der Bundesrat³⁾ oder in den Ländern Bayern, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz bestimmte Bruchteile der Aktivbürgerschaft⁴⁾, haben die Verfassungen dem Ministerkollegium darüber hinaus die Befugnis zu-

1) vgl. Art. 76 Abs. 1 GG; Art. 71 Verf. Bayern; Art. 59 Verf. Baden-Würtbg; Art. 117 Verf. Hessen; Art. 108 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 32 LS Schleswig-Holstein; Art. 56 u. 65 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 33 Abs. 3 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) Nach dem Wortlaut einzelner Verfassungen kann es zweifelhaft sein, ob das Recht der Gesetzesinitiative nur dem Ministerkollegium oder auch dem Premierminister und den einzelnen Ressortministern zusteht. In den Kommentaren überwiegt die Auffassung, daß dieses Recht allein Sache des Ministerkollegiums ist. Wie die Geschäftsordnungen zeigen, die sich die Regierungen gegeben haben, hat sich die Staatspraxis diesen Standpunkt zu eigen gemacht (vgl. z.B. § 15 GO d. Bdsreg., GMBL. 1951/138).

3) vgl. Art. 76 Abs. 3 GG

4) vgl. Art. 74 Abs. 3 u. 7 Verf. Bayern; Art. 68 Abs. 2 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 109 Abs. 2 Verf. Rheinland-Pfalz.

gesprochen, zu den Gesetzesvorlagen dieser Staatsorgane Stellung zu nehmen. Das gilt aber in keinem Falle für die Gesetzesvorlagen von Abgeordneten. Diese werden unmittelbar beim Bundestag bzw. beim Landtag eingebracht.

Eine ganze Reihe von Verfassungen hat es dem Ministerkollegium erlaubt, auch noch in den weiteren Gang der Gesetzgebung einzugreifen. Dazu gehört einmal das Grundgesetz, und zwar mit dem Recht, die Einberufung eines Vermittlungsausschusses zu verlangen¹⁾. Dieses Recht gewinnt vor allem dann Bedeutung, wenn die Initiative zu einem verfassungsändernden²⁾ oder föderativen³⁾ Gesetz vom Ministerkollegium ausgegangen ist, die Auffassungen des Bundestages und des Bundesrates über den Gesetzesbeschluß aber auseinandergehen. In einem solchen Falle kann das Ministerkollegium die Einsetzung eines aus Mitgliedern des Bundestages und Bundesrates gebildeten Ausschusses verlangen, dem dann die Aufgabe zufällt, eine für beide Staatsorgane tragbare Lösung zu finden. Regt er eine Änderung an, so muß der Bundestag erneut Beschluß fassen, bevor das Gesetz dem Bundesrat zugeleitet werden kann⁴⁾.

Weiter gehört dazu die vorläufige Verfassung von Niedersachsen, die dem Ministerkollegium das Recht einräumt zu verlangen, daß die Abstimmung über eine Gesetzesvorlage bis zu dreißig Tagen ausgesetzt wird⁵⁾.

Auch die Verfassung von Baden-Württemberg ist hier zu nennen. Sie verleiht dem Ministerkollegium das Recht, eine selbst eingebrachte, vom Landtag aber abgelehnte Gesetzesvorlage zur Volksabstimmung zu bringen, wenn mindestens ein Drittel der Landtagsmitglieder einen dahingehenden

1) vgl. Art. 77 Abs. 2 Satz 4 GG .

2) vgl. Art. 79 Abs. 2 GG .

3) vgl. Art. 29 Abs. 7 GG .

4) vgl. Art. 77 Abs. 2 Satz 5 GG .

5) vgl. Art. 33 Abs. 2 vorl. Verf. Niedersachsen .

Antrag stellt¹⁾.

Endlich sind in diesem Zusammenhang noch die Verfassungen dreier Länder zu erwähnen, die es dem Ministerkollegium gestatten, auch dann noch gegen Gesetze zu intervenieren, wenn diese schon beschlossen sind. So die hessische, nach der das Ministerkollegium gegen ein vom Landtag beschlossenes Gesetz innerhalb von fünf Tagen Einspruch einlegen kann. Wenn darauf keine Übereinstimmung zwischen dem Landtag und dem Ministerkollegium erzielt werden kann, so gilt das betreffende Gesetz nur dann als angenommen, wenn der Landtag mit mehr als der Hälfte seiner gesetzlichen Mitgliederzahl entgegen dem Einspruch beschließt²⁾. Ferner die von Nordrhein-Westfalen, nach der das Ministerkollegium gegen ein vom Landtag beschlossenes Gesetz innerhalb von zwei Wochen Bedenken erheben kann, was zur Folge hat, daß der Landtag entscheiden muß, ob er den Bedenken Rechnung tragen will³⁾. Und schließlich die von Baden-Württemberg, nach der das Ministerkollegium ein vom Landtag beschlossenes Gesetz vor seiner Verkündung zur Volksabstimmung bringen kann, wenn wenigstens ein Drittel der Landtagsmitglieder einen entsprechenden Antrag stellt⁴⁾.

Besonders stark sind die Regierungsorgane an der Haushaltsgesetzgebung beteiligt. Der Finanzminister hat den Haushaltsplan zunächst nach Prüfung der Haushaltsmeldungen der einzelnen Ressorts aufzustellen und dabei für das Gleichgewicht der Einnahmen und Ausgaben des Staates zu sorgen⁵⁾. Wenn sein Entwurf die Billigung des Ministerkollegiums findet, so wird er von diesem gleich anderen Gesetzesentwürfen den gesetzgebenden Körperschaften vorgelegt.

1) vgl. Art. 60 Abs. 2 Verf. Baden-Württemberg.

2) vgl. Art. 119 Verf. Hessen.

3) vgl. Art. 67 Verf. Nordrhein-Westfalen.

4) vgl. Art. 60 Abs. 1 Verf. Baden-Württemberg.

5) vgl. z.B. Art. 110 GG und § 20 RHO und dazu Heckel, Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltsgesetzes, in: Hdb.d.dt.StR., Bd.II S.374 ff, insbes. S. 378.

Nach dem Grundgesetz bedürfen nun Beschlüsse des Bundestages und des Bundesrates, welche die vom Ministerkollegium vorgeschlagenen Ausgaben erhöhen, neue Ausgaben in sich schließen oder für die Zukunft mit sich bringen, seiner Zustimmung¹⁾. Dabei ist bemerkenswert, daß das Ministerkollegium nicht überstimmt werden kann. Sein Zustimmungsrecht kommt deshalb in der Wirkung einem Vetorecht gleich. Entsprechende Regelungen finden sich auch in den Verfassungen von Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz²⁾. Nach der Bayerischen Verfassung kann das Ministerkollegium Bedenken gegen eine Erhöhung der im Entwurf des Haushaltsplanes eingesetzten Ausgaben erheben. Der Landtag wird dadurch gezwungen, seinen Haushaltsbeschluß nochmals zu beraten. Das Ministerkollegium kann dazu verlangen, daß die Beratung nicht vor Ablauf einer vierzehntägigen Frist stattfindet³⁾.

Noch stärker ist der Einfluß, der dem Ministerkollegium in Krisen- und Notzeiten auf die Gesetzgebung eingeräumt worden ist. Nach dem Bonner Grundgesetz gilt das für den Fall eines Gesetzgebungsnotstandes, der dadurch eintreten kann, daß sich die Opposition von links und rechts zusammenschließt und den Weg der Gesetzgebung durch ihre ablehnende Haltung blockiert, ohne selbst zur Bildung einer regierungsfähigen Mehrheit imstande zu sein. Wenn das Ministerkollegium in einem solchen Falle im Bundestag keine parlamentarische Mehrheit für ein dringliches Gesetzesvorhaben findet, so können daraus schwere Gefahren für das Volksganze entstehen. Dem kann das Ministerkollegium dadurch entgegenwirken, daß es beim Bundespräsidenten die Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes beantragt⁴⁾. Entspricht der Bundespräsident diesem Ersuchen, so wird das Ministerkollegium dadurch in die Lage versetzt, im Zusam-

1) vgl. Art. 113 GG .

2) vgl. Art. 82 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 118 Verf. Rheinland-Pfalz.

3) vgl. Art. 78 Abs. 5 Verf. Bayern.

4) vgl. Art. 81 GG.

menwirken mit dem Bundesrat formelle Gesetze ohne Mitwirkung des Bundestages zu erlassen.

Die Länderverfassungen haben das Ministerkollegium vielfach zum außerordentlichen Gesetzgeber für die Fälle bestimmt, in denen der ordentliche Gesetzgeber nicht versammelt oder nicht funktionsfähig ist, und zwar durch die Verleihung des sogenannten Notverordnungsrechts. Dabei ist hervorzuheben, daß die Verfassungen von Hessen und Niedersachsen nur das unpolitische, diejenigen von Baden-Württemberg, Bayern und Rheinland-Pfalz daneben auch das politische Notverordnungsrecht vorgesehen haben¹⁾. Beide unterscheiden sich bekanntlich darin, daß das erstere der Beseitigung ungewöhnlicher Notstände dient, die durch Naturkatastrophen oder andere äußere Einwirkungen hervorgerufen werden, während das letztere die Wiederherstellung der gestörten öffentlichen Sicherheit und Ordnung bezweckt. Nach den Verfassungen von Bayern und Rheinland-Pfalz können auf diesem Wege sogar bestimmte Grundrechte vorübergehend eingeschränkt oder außer Kraft gesetzt werden. Notverordnungen stehen, das muß dabei betont werden, in ihrer Geltungsintensität den Gesetzen gleich.

Im übrigen kann das Ministerkollegium nur beim Erlaß von Rechtsverordnungen unmittelbar rechtsetzend tätig werden. Es muß dazu aber von Fall zu Fall durch Gesetz besonders ermächtigt werden²⁾. Für Ausführungsverordnungen zu Gesetzen ist die Ermächtigung in den Ländern Baden-Württemberg, Bayern und Rheinland-Pfalz ausnahmsweise schon durch die Verfassungen allgemein erteilt worden. Dasselbe gilt nach dem Grundgesetz bis zu einer bundesgesetzlichen Rege-

1) vgl. Art. 110 Verf. Hessen; Art. 35 vorl. Verf. Niedersachsen; Art. 62 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 48 Abs. 2 Verf. Bayern; Art. 111, 112 Verf. Rheinland-Pfalz.

2) vgl. Art. 80 GG; Art. 55 Ziff. 2 Verf. Bayern; Art. 61 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 107 Verf. Hessen; Art. 110 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 33 LS Schleswig-Holstein; Art. 70 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 34 vorl. Verf. Niedersachsen.

lung für solche Rechtsverordnungen, die das Flüchtlingswesen betreffen¹⁾. Nach dem Grundgesetz und einzelnen Landesverfassungen können auch Ressortminister mit dem Erlaß von Rechtsverordnungen betraut werden²⁾. Im Unterschied zu Notverordnungen sind Rechtsverordnungen den Gesetzen aber stets nachgeordnet.

Auch an der formellen Rechtsetzung, der Ausfertigung und Verkündung der Gesetze, sind die Regierungsorgane beteiligt. Es handelt sich dabei ursprünglich um typische Präsidentenfunktionen. Deshalb fällt diese Aufgabe in der Bundesrepublik dem Bundespräsidenten zu. Da die Länder ausnahmslos von der Einrichtung eines Staatsoberhauptes abgesehen haben, waren sie genötigt, die Aufgabe von anderen Staatsorganen wahrnehmen zu lassen. Ihre Wahl ist überwiegend auf den Ministerpräsidenten gefallen. Nur in Nordrhein-Westfalen ist zur Ausfertigung und Verkündung eines Gesetzes ein Beschluß der Landesregierung und damit des Ministerkollegiums erforderlich. Doch wirken die anderen Minister auch sonst bei der Ausfertigung mit, und zwar dadurch, daß sie die Gesetze gegenzeichnen bzw. unterzeichnen. Nach einigen Verfassungen sind dazu nur die beteiligten Fachminister verpflichtet, die anderen fordern die Unterschrift von mindestens der Hälfte aller Minister. In der Bundesrepublik trifft die Gegenzeichnungspflicht ferner stets den Bundeskanzler³⁾. Die Ausfertigung und Verkündung von Rechtsverordnungen ist allgemein Sache des Ministerkollegiums oder des im Einzelfall zuständigen Ressortministers.

Die Mitwirkung der Regierungsorgane an der Gesetzgebung setzt naturgemäß enge Beziehungen zum Parlament und den an-

1) vgl. Art. 119 GG .

2) vgl. Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 107 Verf. Hessen; Art. 56 Abs. 2 Verf. Nordrhein-Westfalen.

3) vgl. Art. 82 GG und § 29 der Geschäftsordnung der Bundesregierung (GMBI. 1951 S. 137); Art. 63 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 76 Verf. Bayern; Art. 120 Verf. Hessen; Art. 36 vorl. Verf. Niedersachsen; Art. 71 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 113 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 34 LS Schleswig-Holstein.

deren an der Gesetzgebung beteiligten Staatsorganen voraus. Deshalb dürfen die vielfältigen Einwirkungsmöglichkeiten nicht unerwähnt bleiben, die die Verfassungen den Regierungsorganen auf die primären Gesetzgebungsorgane eröffnet haben. Es sind zu nennen das Recht, die Einberufung des Bundestages, des Bundesrates oder des Landtages zu verlangen¹⁾, das Recht auf Anwesenheit und Gehör in den Sitzungen dieser Gremien²⁾, das Recht, den Ausschluß der Öffentlichkeit zu fordern³⁾, und schließlich noch das Recht, die Einsetzung eines parlamentarischen Untersuchungsausschusses zu verlangen⁴⁾.

Wenn wir uns nach diesem Überblick nun dem Kernpunkt der uns hier interessierenden Frage nach dem politischen und rechtlichen Gehalt all dieser Funktionen zuwenden, so sind wir auf den ersten Blick versucht, sie in Bausch und Bogen als politische Funktionen anzusprechen. Denn wenn wir das Wesen politischer Funktionen in Anlehnung an Gerbers begriffliche Bestimmung des Politischen zutreffend als schöpfereische Entscheidung über die das Volksganze berührenden Ziele gekennzeichnet haben und zugleich bedenken, daß wir in Westdeutschland in Gesetzgebungsstaaten leben, d.h. in Staaten, die ihre Ziele größtenteils in Rechtsnormen niederlegen⁵⁾, so liegt nahe, alle Funktio-

1) vgl. Art. 39 Abs. 3, 52 Abs. 2 GG; Art. 17 Abs. 2 Verf. Bayern; Art. 30 Abs. 4 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 83 Abs. 5 Verf. Hessen; Art. 83 Abs. 5 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 38 Abs. 4 LS Schleswig-Holstein; Art. 6 Abs. 4 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) vgl. Art. 43 Abs. 2, 53 GG; Art. 24 Abs. 2 Verf. Bayern; Art. 34 Abs. 2 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 91 Verf. Hessen; Art. 89 Abs. 2 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 16 Abs. 2 LS Schleswig-Holstein; Art. 45 Verf. Nordrhein-Westfalen; Art. 10 Abs. 2 vorl. Verf. Niedersachsen.

3) vgl. Art. 42 Abs. 1 GG; Art. 22 Abs. 1 Verf. Bayern; Art. 33 Abs. 1 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 89 Verf. Hessen; Art. 86 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 42 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 9 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

4) vgl. Art. 15 LS Schleswig-Holstein.

5) Scheuner, a.a.O., S. 277.

nen, die es mit der Schaffung solcher Normen zu tun haben, als politische Funktionen anzusprechen. Wir werden uns aber, wenn wir uns ein zuverlässiges Urteil bilden wollen, mit diesen allgemeinen Feststellungen kaum begnügen dürfen, sondern die einzelnen Funktionen einer subtileren Prüfung unterziehen müssen.

Bei dem Recht der Gesetzesinitiative, um damit noch einmal zu beginnen, besteht die wesentliche Aufgabe des Ministerkollegiums darin, die für das Gemeinwohl günstigste Lösung eines politischen Problems zu finden. Wenn diese Lösung bei der Beratung im Parlament auch noch manche Korrektur erfahren mag und wenn sie auch erst durch seinen Gesetzesbeschluß zur Richtschnur für das Volksganze erhoben wird, so erfordert der Entwurf eines Gesetzes deshalb doch kein geringeres Maß an schöpferischer Gestaltungskraft. Er setzt gleich dem Gesetzesbeschluß eine Analyse der sich in einer bestimmten Situation bietenden Möglichkeiten voraus und erfordert nach Abwägung der im Einzelfall zu erwartenden Folgen eine konkrete Entscheidung. Alles das bestätigt die politische Natur der Gesetzesinitiative. Es darf indessen nicht übersehen werden, daß der Verfassungsgeber dem Staate nicht selten schon seinerseits bestimmte Ziele gesetzt hat, sei es nun in verfassungsrechtlichen Leitgrundsätzen¹⁾, Grundrechtsartikeln oder in der Form, daß er die anerkannten Regeln des Völkerrechts für allgemein verbindlich erklärte²⁾. Denn dadurch sind auch den an der Gesetzgebung beteiligten Staatsorganen Bindungen auferlegt worden, die ihren politischen Konzeptionen Grenzen setzen. Bindungen bei der Gesetzgebung können schließlich auch in all den Fällen bestehen, in denen es sich um die Schaffung von Ausführungsgesetzen zur Ausgestaltung der einer Sonderregelung vorbehaltenen Einzelheiten eines Rahmengesetzes handelt. Fälle dieser Art können vor allem in den Ländern praktisch werden, wenn nämlich der Bundesgesetzgeber von seiner Befug-

1) vgl. z.B. Art. 20 Abs. 1, Art. 24 u. 26 GG; Abschnitt: "Die Grundlagen des Bayerischen Staates" der Verf. Bayern.

2) vgl. Art. 25 GG; Art. 67 Verf. Hessen.

nis Gebrauch macht, auf den ihm vorbehaltenen Gebieten Rahmengesetze zu erlassen¹⁾. Wenn sonach der Gesetzesinitiative auch rechtliche Elemente eigen sein können, so wird ihre Einordnung in den Kreis der politischen Staatsfunktionen dadurch doch nicht in Frage gestellt. Die politische und die rechtliche Seite am Leben des Staates, das ist von der Wissenschaft schon mehrfach betont worden, lassen sich nur selten reinlich voneinander trennen²⁾. Die Unterscheidung politischer und rechtlicher Staatsfunktionen ist deshalb keine absolute, sondern eine relative Unterscheidung, die dazu zwingt, jede Funktion in ihre politischen und rechtlichen Elemente zu zerlegen und nach den überwiegenden dann ihren Charakter zu bestimmen. Im Falle der Gesetzesinitiative, das können wir nach den vorangegangenen Untersuchungen sagen, sind es eindeutig die politischen Elemente, welche ihren Charakter prägen.

Bei den Rechten des Ministerkollegiums, zu den Gesetzesvorlagen anderer initiativbefugter Staatsorgane Stellung zu nehmen, die Einberufung eines Vermittlungsausschusses zu verlangen, eine Gesetzesvorlage zur Volksabstimmung zu bringen, Einspruch gegen ein Gesetz einzulegen oder Bedenken dagegen geltend zu machen, liegen die Dinge durchweg ähnlich. Im Vordergrund steht überall die Aufgabe, unter verschiedenen möglichen Wegen den Weg herauszufinden, der dem Volksganzen die glücklichste Zukunft verheißt. Unterschiede bestehen lediglich insoweit, als die einzelnen Funktionen verschiedenen Stufen des Werdegangs eines Gesetzes angehören. Diese Unterschiede lassen die politische Natur der Funktionen aber unberührt.

Fraglich kann es dagegen sein, wie die Funktionen zu beurteilen sind, die dem Finanzminister und dem Minister-

1) vgl. Art. 75 GG.

2) zuletzt Scheuner, a.a.O. S. 274

kollegium im Rahmen der Haushaltsgesetzgebung zufallen. Der Haushaltsplan nimmt bekanntlich dadurch eine besondere Stellung in der Systematik der Rechtsvorschriften ein, daß er lediglich die Verwaltung an den Willen des Gesetzgebers bindet, auf den einzelnen Staatsbürger aber keine unmittelbaren Auswirkungen zeitigt. Es will so scheinen, als würde ihm deshalb ein Bezug zum Ganzen und damit auch jeder politische Aspekt fehlen. Indessen deutet doch schon die Bezeichnung, die Popitz für den Haushaltsplan gebrauchte, als er ihn das "Schicksalsbuch eines Volkes" nannte, darauf hin, daß dem in Wahrheit nicht so ist. Es handelt sich beim Haushaltsplan vielmehr wie bei allen anderen Gesetzen um die Festlegung von Staatszielen, nur eben auf dem besonderen Wege der Mittelvergebung¹⁾. Daraus folgt, daß die Funktionen, die dem Finanzminister und dem Ministerkollegium im Zusammenhang mit der Feststellung des Haushaltsplanes übertragen worden sind, den gleichen Charakter tragen müssen, wie die schon behandelten Rechtsetzungsfunktionen, es sind politische Funktionen.

Daß es sich auch in all den Fällen um politische Funktionen handelt, in denen Regierungsorgane selbst die Rolle des Gesetzgebers übernehmen, wie bei der Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes oder bei der Ausübung des Notverordnungsrechtes, kann nach den bisherigen Untersuchungen kaum zweifelhaft erscheinen²⁾. Politisch ist auch die Aufgabe, die dem Ministerkollegium in der Bundesrepublik damit übertragen worden ist, die Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen im Verordnungswege zu regeln. Denn

1) so Scheuner, a.a.O., S. 268; im gleichen Sinne ferner Heckel im Hdb.d.dt.StR, Bd.II S.374 ff, insbesondere S.390.

2) v.Mangoldt, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 81 GG, hebt zum Falle des Gesetzgebungsnotstandes noch hervor, daß die Frage, ob eine Gesetzesvorlage als dringlich bezeichnet werden soll, von der Bundesregierung nach ihrem freien und nicht überprüfbaren Ermessen zu entscheiden ist und unterstreicht dadurch noch besonders den politischen Charakter dieser Funktion.

die Verordnungen, die zu diesem Zweck erlassen werden, sind kraft ausdrücklicher Verfassungsvorschrift gesetzvertretende Rechtsverordnungen und stehen damit den Notverordnungen gleich¹⁾. Aufmerksamkeit erfordern aber die Fälle, in denen es nicht um den Erlaß von Gesetzen oder gesetzvertretenden Rechtsverordnungen, sondern um den Erlaß gesetzabhängiger Rechtsverordnungen geht. Zwar begründen auch diese Rechtsverordnungen mit allgemeiner Wirkung Rechte und Pflichten für die Staatsbürger, dennoch stehen sie im Range hinter den formellen Gesetzen, weil die mit ihrem Erlaß betrauten Regierungsorgane dabei an den Willen des ordentlichen Gesetzgebers gebunden sind. Wenn das Grundgesetz in diesem Zusammenhang vorschreibt, daß Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen im Gesetz bestimmt sein müssen²⁾, so kann daraus zugleich etwas über das Maß dieser Bindungen entnommen werden. Denn das Grundgesetz verlangt damit vom ordentlichen Gesetzgeber, daß er das Staatsziel, um das es im konkreten Falle geht, im Gesetz bindend festgelegt haben muß, bevor er ein Regierungsorgan zum Erlaß einer die Einzelheiten regelnden Rechtsverordnung ermächtigen darf. Dem Parlament ist, wie v. Mangoldt das treffend ausgedrückt hat³⁾, die Flucht aus der Verantwortung nicht gestattet. Die Aufgabe des ermächtigten Regierungsorgans soll sich nach dem Willen des Grundgesetzgebers darauf beschränken, Lücken auszufüllen oder die genauere Abgrenzung im Gesetze nur grundsätzlich umschriebener Tatbestände vorzunehmen und damit untergeordnete Fragen im materiellen Rahmen der vom Gesetzgeber aufgestellten Richtlinien zu regeln⁴⁾. Beim

1) vgl. Art. 119 GG: "In Angelegenheiten der Flüchtlinge und Vertriebenen ... kann ... die Bundesregierung ... Verordnungen mit Gesetzeskraft erlassen".

2) vgl. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG.

3) v. Mangoldt, a. a. O., Anm. 2 zu Art. 80 GG.

4) In diesem Sinne spricht sich auch die im Bayer. GVBl. 1951 S. 33 abgedruckte Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes v. 12.12.50 aus. Dort wird gesagt: "Nach allgemeiner Rechtslehre und Rechtspraxis dürfen Rechtsverordnungen, die auf Grund einer gesetzlichen Ermächtigung erlassen werden, keine sachlich selbständigen Rechtsnormen aufstellen, die im Gesetz nicht vorgesehen sind und daher nicht auf den Willen des Gesetzgebers zurückgeführt werden können, oder gar Rechtsnormen, die dem Gesetz widersprechen und den Zweck haben, dem Gesetzgeber unterlaufene Fehler aufzuheben oder zu verbessern."

Erlaß von Rechtsverordnungen werden wir deshalb die rechtlichen Elemente als die vorherrschenden anzusehen haben und diese Funktion demzufolge dem rechtlichen Funktionskreis zuordnen müssen.

Wir wollen nun die Aufgaben der Regierungsorgane auf dem Gebiet der formellen Rechtsetzung prüfen, die Ausfertigung und Verkündung der Gesetze.

Die Ausfertigung besteht in einer Beurkundungshandlung. Beurkundet wird "die Übereinstimmung der Gesetzesurkunde mit dem vom Gesetzgeber sanktionierten Gesetzesinhalt einerseits und die Formrichtigkeit des Gesetzgebungsverfahrens andererseits"¹⁾. Ein Gesetz ist dann formrichtig zustandegekommen, wenn die Gesetzesinitiative von einem der dazu berufenen Staatsorgane ausgegangen ist und die Beschlußfassung ihren ordnungsmäßigen Gang genommen hat, insbesondere auch die erforderliche Mehrheit erreicht worden ist. Ob neben der formellen Verfassungsmäßigkeit auch die materielle Verfassungsmäßigkeit geprüft werden muß, das ist bestritten, dürfte aber mit Herrfahrdt, Nawiasky und Mangoldt zu bejahen sein²⁾. Nur wenn alle diese Voraussetzungen gegeben sind, ist ein Gesetz "verfassungsmäßig zustandegekommen". Da andere Gesetze als solche, die in verfassungsmäßiger Weise zustandegekommen sind, nicht ausgefertigt werden dürfen, erfordert die Ausfertigung eine eingehende Prüfung des Vorliegens dieser Voraussetzungen. Fällt die Prüfung positiv aus, so muß das Gesetz ausgefertigt werden, verläuft sie dagegen negativ, so hat die Ausfertigung zu unterbleiben. Politische Maßstäbe haben dabei gänzlich auszuscheiden. Die Prüfungsentscheidung stellt demnach eine reine Rechtsentscheidung dar.

Aber auch die Minister, die das auszufertigende Gesetz

1) vgl. Anschütz, a.a.O., Anm. 1 zu Art. 70 WV.

2) Herrfahrdt in: Bonner Kommentar, Anm. II 1 zu Art. 82 GG; Nawiasky; Grundgedanken S.112 ff; v.Mangoldt, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 82 GG, dort und bei Münch, a.a.O., S.156 Anm. 3, auch weitere Literaturhinweise zu der Streitfrage.

gegenzuzeichnen haben, treffen damit eine reine Rechtsentscheidung. Denn auch sie bekunden durch ihre Unterschrift, daß das Gesetz verfassungsmäßig zustandegekommen ist und übernehmen dafür die Verantwortung¹⁾. Entspricht das bei der Gesetzgebung eingeschlagene Verfahren nicht der Verfassung oder verletzt das Gesetz materielle Verfassungsbestimmungen, so ist es die Pflicht der Minister, die Gegenzeichnung unter Darlegung ihrer verfassungsrechtlichen Bedenken abzulehnen²⁾. Anders verhält es sich nur in den Fällen, in denen die Verfassungen keine Gegenzeichnung, sondern bloß eine Unterzeichnung von den Ministern fordern. Denn die Bedeutung der Unterzeichnung reicht nicht so weit wie die der Gegenzeichnung. Sie belastet die Minister vor allem nicht mit der Verantwortung dafür, daß kein Gesetz ausgefertigt wird, das nicht nach den Vorschriften der Verfassung zustandegekommen ist³⁾. Die Unterzeichnung kann deshalb auch keine Prüfung der Verfassungsmäßigkeit voraussetzen. Der Kommentar von Spreng - Birn - Feuchte zur Verfassung des Landes Baden-Württemberg sieht in der Unterzeichnung überhaupt keinen für die Ausfertigung wesentlichen Vorgang, sondern nur eine Voraussetzung für die Verkündung⁴⁾. Der tiefere Sinn der Unterzeichnung dürfte darin liegen, die Minister zu veranlassen, sich spätestens mit ihrer Unterschriftsleistung auch persönlich hinter den politischen Willen zu stellen, der dem Gesetz zugrunde liegt und dem sie nach seinem Inkrafttreten Geltung zu verschaffen haben. Die Unterzeichnung hat demnach im wesentlichen die Bedeutung einer persönlichen Demonstration.

Ist ein Gesetz ausgefertigt, so muß es auch verkündet werden. Was wir für die Ausfertigung festgestellt haben, muß deshalb auch für die Verkündung gelten.

1) Näheres über die Ministerverantwortlichkeit unten in § 9.

2) so schon v. Mangoldt, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 82 GG.

3) so auch Geller-Kleinrahm, a.a.O., Anm. 3 zu Art. 71 Verf. Nordrhein-Westfalen.

4) a.a.O. Anm. 1 zu Art. 63 Verf. Baden-Württemberg.

Der rechtliche Charakter der Gesetzesausfertigung und -verkündung wird von einem Teil der Verfassungen noch dadurch unterstrichen, daß sie die Vornahme dieser Akte entweder an bestimmte Fristen binden¹⁾ oder eine unverzügliche Ausfertigung und Verkündung fordern²⁾³⁾. Denn diese Vorschriften verhindern, daß das Inkrafttreten eines beschlossenen Gesetzes aus politischen Beweggründen hinausgezögert wird.

Nur in einem - in der Verfassung von Rheinland-Pfalz enthaltenen - Sonderfall ragen in die Verkündung eines Gesetzes auch politische Wertungen mit hinein⁴⁾. Ein solcher Sonderfall kann dadurch geschaffen werden, daß der rheinländisch-pfälzische Landtag ein Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen für dringlich erklärt. Während die Verkündung eines Gesetzes im Normalfalle auf Verlangen eines Drittels der Landtagsmitglieder vom Premierminister um zwei Monate ausgesetzt werden muß, k a n n der Premierminister ein für dringlich erklärtes Gesetz ungeachtet dieses Verlangens sofort verkünden.

Abschließend gilt es auf dem Gebiete der Rechtsetzung noch diejenigen Funktionen zu prüfen, mit denen es den Regierungsorganen an die Hand gegeben ist, ihre Beziehungen zum Parlament zu gestalten. Diese Funktionen müssen wohl nach parlamentarischen Spielregeln ausgeübt werden, unterliegen darüber hinaus aber keinen besonderen rechtlichen Bindungen. Ihre Eigenart besteht darin, daß sie sich regelmäßig nur sekundär auf die im Staate geeinte Volksgemeinschaft auswirken, primär dagegen die Tätigkeit des Parlaments zum Gegenstand haben. Wenn wir sie dennoch in einem weiteren Sinne zu den politischen Funktionen zählen, so erscheint das dadurch gerechtfertigt, daß die Regierungsorgane sich auch bei ihrer Handhabung allein von der Rücksicht auf das Wohl des Volksganzen leiten lassen dürfen.

1) vgl. Art. 76 Verf. Bayern; Art. 113 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 36 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) vgl. Art. 71 Abs. 1 Satz 1 Verf. Nordrhein-Westfalen.

3) wegen des Begriffes "unverzüglich" vgl. § 121 Abs. 1 BGB.

4) vgl. Art. 114 Verf. Rheinland-Pfalz.

Zusammenfassend ist sonach festzustellen, daß die den Regierungsorganen zugewiesenen Rechtsetzungsfunktionen auf dem Gebiete der materiellen Rechtsetzung - von Ausnahmen abgesehen - im wesentlichen politische und auf dem Gebiet der formellen Rechtsetzung im wesentlichen rechtliche Funktionen sind und daß die ersteren die letzteren erheblich überwiegen.

II. Prüfung der den Regierungsorganen zugewiesenen Vollziehungsfunktionen auf ihren politischen und rechtlichen Gehalt.

Der Katalog der den Regierungsorganen zugewiesenen Vollziehungsfunktionen ist noch erheblich reichhaltiger als der ihrer Rechtsetzungsfunktionen. Es erscheint deshalb zweckmäßig, auch diesen Teil der Prüfung mit einem kurzen Überblick einzuleiten.

An erster Stelle ist da die schon in anderem Zusammenhang erwähnte Aufgabe des Premierministers zu nennen, die Richtlinien der Politik zu bestimmen¹⁾. Daneben steht die Aufgabe, die Ressortminister zu ernennen und zu entlassen, die in den Ländern auch einheitlich dem Premierminister übertragen worden ist²⁾. In der Bundesrepublik fällt sie dem Bundespräsidenten zu. Der Bundespräsident bleibt dabei aber an die Vorschläge gebunden, die der Bundeskanzler ihm unterbreitet³⁾.

Die Regelung der Ressortzuständigkeiten, die mit der Berufung der Ressortminister gegenständlich eng verknüpft

1) vgl. Art. 65 GG; Art. 49 Abs. 1 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 51 Verf. Bayern; Art. 102 Verf. Hessen; Art. 104 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 24 Abs. 1 LS. Schleswig-Holstein; Art. 55 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 28 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) vgl. Art. 45 Verf. Bayern; Art. 46 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 101 Verf. Hessen; Art. 20 Abs. 2 vorl. Verf. Niedersachsen; Art. 52 Abs. 3 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 98 Abs. 2 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 21 LS. Schleswig-Holstein.

3) vgl. Art. 64 Abs. 1 GG.

ist und die nur die Bayerische Verfassung sich selbst hat angelegen sein lassen¹⁾, während die Verfassung von Baden-Württemberg sie dem Gesetzgeber vorbehalten hat²⁾, ist in Hessen und Niedersachsen und - "soweit darüber nicht gesetzliche Vorschriften getroffen sind" - auch in Rheinland-Pfalz seltsamerweise dem Ministerkollegium übertragen worden³⁾. In den anderen Ländern und in der Bundesrepublik, wo entsprechende Verfassungsbestimmungen fehlen, hat die Staatspraxis diese Aufgabe einfach - und wohl folgerichtiger - den Staatsorganen überlassen, die auch die sonstigen mit der Einrichtung der Ressorts zusammenhängenden Fragen zu entscheiden haben, in erster Linie also dem Premierminister, dem die Ernennung der Ressortminister bzw. der Vorschlag dazu obliegt, und dem Parlament, das für die Bewilligung der für jedes Ressort erforderlichen Haushaltsmittel zuständig ist⁴⁾.

Weiter sind in diesem Zusammenhang noch die Aufgaben zu erwähnen, über Meinungsverschiedenheiten zwischen den Ressortministern zu entscheiden⁵⁾ und das Zusammenwirken sämtlicher Regierungsorgane - soweit das nicht schon in den Verfassungen geschehen ist - durch eine Geschäftsordnung zu regeln⁶⁾. Beide sind ausnahmslos dem Minister-

1) vgl. Art. 49 Verf. Bayern.

2) vgl. Art. 45 Abs. 3 Verf. Baden-Wttbg.

3) vgl. Art. 104 Abs. 2 Verf. Hessen; Art. 105 Abs. 2 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 28 Abs. 2 Ziff. 3 vorl. Verf. Niedersachsen.

4) Für die Bundesrepublik ergibt sich das aus den "Verhandlungen des Deutschen Bundestages" 1949 Band 1, S. 20. In § 9 der Geschäftsordnung, die sich die Bundesregierung gegeben hat, hat sie diese Praxis ausdrücklich bestätigt (vgl. GMBL 1951 S. 137).

5) vgl. Art. 65 GG; Art. 49 Abs. 2 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 104 Abs. 3 Verf. Hessen; Art. 105 Abs. 3 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 55 Abs. 3 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 28 Abs. 2 Ziff. 4 vorl. Verf. Niedersachsen.

6) vgl. Art. 65 GG; Art. 53 Verf. Bayern; Art. 49 Abs. 1 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 104 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 24 Abs. 3 LS. Schleswig-Holstein; Art. 54 Abs. 2 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 30 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

kollegium übertragen worden. Sache des Premierministers ist es dagegen, sich für den Fall, daß er an der Wahrnehmung seiner Aufgaben verhindert ist, aus der Reihe der Ressortminister seinen Stellvertreter auszuwählen, und zwar gleichfalls ausnahmslos nach allen Verfassungen¹⁾.

Nicht zu den eigentlichen Funktionen eines Premierministers zu rechnen sind die ihm von sämtlichen Verfassungen übertragene Führung des Vorsitzes im Ministerkollegium und die Leitung seiner Geschäfte. Denn es handelt sich dabei um Aufgaben, die dem Premierminister in seiner Eigenschaft als Mitglied des Ministerkollegiums obliegen und die sich - wie wir schon an früherer Stelle hervorgehoben haben²⁾ - daraus erklären, daß jedes kollegial organisierte Staatsorgan, um funktionieren zu können, eines Vorsitzenden bedarf. Sie werden deshalb besser der "inneren Sphäre"³⁾ dieses Kollegialorgans zugerechnet.

Aber auch ohne diese beiden Aufgaben ist der Kreis der dem Premierminister überwiesenen Zuständigkeiten damit noch nicht geschlossen. In der Bundesrepublik wächst ihm eine weitere Funktion von nicht geringer Bedeutung aus der Bestimmung des Grundgesetzes zu, wonach grundsätzlich alle Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten einschließlich der von ihm abzuschließenden völkerrechtlichen Verträge zu ihrer Gültigkeit der Gegenzeichnung durch den Bundeskanzler oder durch den zuständigen Bundesminister bedürfen⁴⁾. Davon ausgenommen bleiben nur die Ernennung und Entlassung des Bundeskanzlers, die Auflösung des Bundestages in dem besonderen Falle, daß der vom Bundestag gewählte Bundeskanzler nicht die Mehrheit der Stimmen der Mitglieder des Bundestages auf sich vereinigt⁵⁾, und das Ersuchen an

1) vgl. Art. 69 Abs. 1 GG; Art. 46 Verf. Bayern; Art. 46 Abs. 2 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 105 Abs. 2 Verf. Hessen; Art. 21 Abs. 2 LS. Schleswig-Holstein; Art. 52 Abs. 3 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 20 Abs. 2 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) vgl. oben S. 40.

3) vgl. Richard Thoma, Hdb. d. dt. StR., Bd. II, S. 615.

4) vgl. Art. 58, 59 GG.

5) vgl. Art. 63 Abs. 4 GG.

einen abtretenden Kanzler oder Minister, die Geschäfte bis zur Ernennung seines Nachfolgers weiterzuführen¹⁾. Die Zuständigkeit zur Gegenzeichnung richtet sich im Einzelfall danach, ob es sich um eine Angelegenheit handelt, die die Richtlinien der Politik berührt oder nur den Geschäftsbereich eines Ministers angeht. Im ersteren Falle ist der Bundeskanzler zur Gegenzeichnung berufen, im letzteren der zuständige Bundesminister²⁾.

Da es in den Ländern an einem Staatsoberhaupt fehlt, das die typischen Präsidentenfunktionen auf dem Gebiet der Vollziehung wahrnehmen könnte, sind diese Funktionen dort - wie die im vorhergehenden Abschnitt behandelte Ausfertigung und Verkündung der Gesetze - überwiegend dem Premierminister zugefallen. Es sind dies die Ausübung des Begnadigungsrechtes³⁾, die Vertretung des Staates nach außen⁴⁾ und die Befugnis, den Generalstaatsanwalt zur Erhebung der Richteranklage anzuweisen⁵⁾. Die Ernennung und Entlassung der Beamten ist nur in einigen Ländern dem Premierminister⁶⁾, in den anderen dagegen dem Ministerkollegium übertragen worden⁷⁾. Für die Ernennung

1) vgl. Art. 69 Abs. 3 GG.

2) so v. Mangoldt, a.a.O., Anm. 2 zu Art. 58 GG; Münch. a.a.O. S. 212 und, mit Bezug auf die entsprechende Bestimmung der Weimarer Verfassung, Marschall v. Bieberstein i. Hdb. d. dt. StR., Band I S. 531.

3) vgl. Art. 47 Abs. 3 Verf. Bayern; Art. 52 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 104 Verf. Hessen; Art. 103 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 27 LS. Schleswig-Holstein; Art. 59 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 27 Abs. 1 Satz 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

4) vgl. Art. 47 Abs. 3 Verf. Bayern; Art. 103 Verf. Hessen; Art. 26 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen; Art. 101 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 63 Abs. 1 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 25 LS. Schleswig-Holstein.

5) vgl. Art. 132 Verf. Rheinland-Pfalz.

6) vgl. Art. 51 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 102 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 26 LS. Schleswig-Holstein.

7) vgl. Art. 55 Ziff. 4 Verf. Bayern; Art. 108 Verf. Hessen; Art. 58 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 29 Abs. 2 vorl. Verf. Niedersachsen.

der Richter ist teilweise auch der Justizminister zusammen mit einem Richterwahlausschuß zuständig¹⁾. Nur in der Bundesrepublik und im Lande Schleswig-Holstein ist dem Premierminister auch das Recht zugestanden worden, das Parlament aufzulösen bzw. dem Bundespräsidenten die Auflösung vorzuschlagen, wenn nämlich sein Antrag, ihm das Vertrauen auszusprechen, nicht die Zustimmung der Mehrheit der Parlamentsmitglieder findet²⁾.

Sonst gibt es die Landtagsauflösung durch ein Regierungsorgan nur noch im Lande Baden-Württemberg³⁾. Anders als in Schleswig-Holstein obliegt sie dort aber nicht dem Premierminister, sondern dem Ministerkollegium, und zwar als eine Pflicht, die dadurch ausgelöst werden kann, daß mindestens 200 000 wahlberechtigte Staatsbürger vor Ablauf der Wahlperiode eine solche Auflösung begehren.

In der Bundesrepublik gehört auch die Erteilung der Genehmigung zur Herstellung, Beförderung und Inverkehrbringen von Waffen zu den Zuständigkeiten des Ministerkollegiums⁴⁾. Ferner liegt es dort bei ihm, zu Verträgen der Länder mit auswärtigen Staaten die Zustimmung zu erteilen⁵⁾. Im Lande Baden-Württemberg bedürfen überhaupt alle Staatsverträge, die der Premierminister abschließt, der Genehmigung des Ministerkollegiums⁶⁾.

Besondere Befugnisse stehen dem Ministerkollegium in der Bundesrepublik zu, wenn es um die Abwehr einer drohenden Gefahr für den Bestand oder die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes geht. Es kann in einem solchen Falle die Polizeikräfte anderer Länder anfordern⁷⁾. Falls ein Land, dem diese Gefahr droht, selbst nicht zur Bekämpfung bereit oder in der Lage ist, kann es eingreifen und sich die Polizeikräfte anderer Länder

1) vgl. Art. 95 Abs. 3 u. Art. 98 Abs. 4 GG; Art. 127 Verf. Hessen.

2) vgl. Art. 68 GG; Art. 31 LS. Schleswig-Holstein.

3) vgl. Art. 43 Verf. Baden-Wttbg..

4) vgl. Art. 26 Abs. 2 GG.

5) vgl. Art. 32 Abs. 3 GG.

6) vgl. Art. 50 Satz 2 Verf. Baden-Wttbg..

7) vgl. Art. 91 Abs. 1 GG.

unterstellen¹⁾. In Bayern kann das Ministerkollegium bei drohender Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und in Rheinland-Pfalz bei erheblicher Störung derselben und dadurch bedingter Gefährdung des verfassungsmäßigen Bestandes des Landes überdies auch bestimmte Grundrechte außer Kraft setzen²⁾.

Der Schwerpunkt der dem Ministerkollegium zugewiesenen Funktionen liegt ebenso wie bei den Ressortministern auf der Vollziehung im engeren Sinne, also der Ausführung der Gesetze³⁾. Die Verfassungen weisen dem Ministerkollegium in diesem Zusammenhang einmal organisatorische Aufgaben zu, und zwar die Einrichtung der zur Ausführung der Gesetze erforderlichen Behörden⁴⁾. Das Ministerkollegium kann dazu seinerseits, zumindest nach einer ausdrücklichen Bestimmung der Bayerischen Verfassung, wiederum einzelne Ressortminister ermächtigen⁵⁾. Ferner ist es der Erlass von Verwaltungsvorschriften, der sowohl dem Ministerkollegium als auch den Ressortministern in diesem Zusammenhang obliegt⁶⁾. Vor allem aber ist es Aufgabe des Ministerkollegiums und der Ressortminister, die Ausführung der Gesetze durch die unterstellten Behörden, Gemeinden, Gemeindeverbände und die Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts - und im Falle der Bundesrepublik auch der Länder - zu überwachen⁷⁾. Dazu gehört auch die meist nicht besonders erwähnte Entscheidung von Verwaltungsbe-

1) vgl. Art. 91 Abs. 2 GG.

2) vgl. Art. 48 Verf. Bayern; Art. 112 Verf. Rheinland-Pfalz.

3) Für die Mehrzahl der Verfassungen ist das so selbstverständlich, daß sie diese Aufgaben gar nicht einzeln aufgezählt, sondern sich darauf beschränkt haben, sie nur ganz allgemein zu umreißen.

4) vgl. Art. 86 GG; Art. 77 Abs. 1 Verf. Bayern; Art. 38 Abs. 3 LS. Schleswig-Holstein; Art. 77 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 29 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

5) vgl. Art. 77 Abs. 1 Satz 2 a.E. Verf. Bayern.

6) vgl. Art. 86 GG; Art. 55 Ziff. 2 Verf. Bayern; Art. 61 Abs. 2 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 107 Verf. Hessen; Art. 56 Abs. 2 Verf. Nordrhein-Westf..

7) vgl. Art. 84 Abs. 3 u. Art. 85 GG; Art. 55 Ziff. 5 Verf. Bayern; Art. 75 Verf. Baden-Wttbg..

schwerden durch die Ressortminister für ihren jeweiligen Geschäftsbereich¹⁾ sowie die Ausübung der Dienstaufsicht über die ihnen unterstellten Beamten²⁾.

Besonders geregelt sind die Aufgaben, die den Regierungsorganen bei der Ausführung des Haushaltsplanes obliegen, und zwar in erster Linie dem Finanzminister. Er hat den Haushaltsplan, wie wir schon sahen, nicht nur zu entwerfen, sondern auch seine Ausführung zu überwachen, insbesondere die sachgemäße Verwendung der darin zur Ausgabe bereitgestellten Geldmittel. Dazu steht ihm die oberste Aufsicht über das gesamte Kassen- und Rechnungswesen zu, die es ihm ermöglicht, jederzeit die Einnahmen und Ausgaben bei den nachgeordneten Dienststellen nachzuprüfen, für einwandfreie Kassen- und Rechnungsführung zu sorgen und dadurch eine geordnete Wirtschaftsführung sicherzustellen. Der Bundesfinanzminister kann, soweit Landesfinanzbehörden im Auftrage des Bundes tätig werden³⁾ und Bundessteuern verwalten, die ordnungsgemäße Verwaltung dieser Steuern durch Bundesbevollmächtigte überwachen lassen, die insofern gegenüber den Mittel- und Unterbehörden der Länder ein unmittelbares Weisungsrecht haben⁴⁾. Haushaltsüberschreitungen und außerplanmäßige Ausgaben bedürfen der Einwilligung des Finanzministers⁵⁾. Der Finanzminister ist es auch, der dem Bundestag und Bundesrat bzw. dem Landtag alljährlich über alle Einnahmen und Ausgaben sowie über das Vermögen und die Schulden des Staates Rechnung zu legen hat⁶⁾. Dem Ministerkollegium obliegt es, zumindest nach den Verfassungen von Schleswig-Holstein und Nordrhein-Westfalen⁷⁾, zu der Rechnungslegung des

1) vgl. Art. 55 Ziff. 7 Verf. Bayern.

2) vgl. Art. 55 Ziff. 6 Verf. Bayern.

3) vgl. Art. 85 GG.

4) vgl. Art. 108 Abs. 4 GG.

5) vgl. Art. 112 GG; Art. 143 Abs. 1 Satz 2 Verf. Hessen; Art. 85 Verf. Nordrhein-Westf.; § 33 RHO.

6) vgl. Art. 114 GG; § 108 RHO.

7) vgl. Art. 48 Abs. 2 LS. Schleswig-Holstein; Art. 86 Verf. Nordrhein-Westf.

Finanzministers Stellung zu nehmen. Es ist ferner Sache des Ministerkollegiums, im Falle einer nicht rechtzeitigen Verabschiedung des Haushaltsplanes die Ausgaben zu leisten, die notwendig sind, um gesetzlich bestehende Einrichtungen zu erhalten und gesetzlich beschlossene Maßnahmen durchzuführen, die rechtlich begründeten Verpflichtungen des Staatswesens zu erfüllen und auch Bauten fortzusetzen¹⁾.

Obwohl die von den Verfassungen aufgezählten Einzelaufgaben der Regierungsorgane damit im wesentlichen erschöpft sind, harren vor allem des Ministerkollegiums und der Ressortminister noch zahlreiche weitere Aufgaben, die von den Verfassungen entweder überhaupt nicht erwähnt werden oder mit in dem allgemeinen Satz eingeschlossen sind, wonach die Ressortminister ihren Geschäftsbereich innerhalb der vom Premierminister aufgestellten Richtlinien der Politik selbständig und unter eigener Verantwortung zu leiten haben. Es handelt sich dabei um Aufgaben, die aus dem Bestreben des modernen demokratischen Staates resultieren, nicht nur Rechtsstaat, sondern zugleich auch Kultur- und Wohlfahrtsstaat zu sein. Sie liegen indessen auf so verschiedenen Gebieten und sind so häufig Wechseln unterworfen, daß es kaum möglich ist, sie einzeln zu nennen²⁾. Gerade deswegen beanspruchen sie die Aufmerksamkeit und die Arbeitskraft der Minister in besonders hohem Maße. Sie durften deshalb hier nicht gänzlich unerwähnt bleiben.

Wenn wir uns nach diesem Überblick nun wieder der Frage nach dem politischen und rechtlichen Gehalt all dieser Vollziehungsfunktionen zuwenden, so können wir feststellen, daß der politische Charakter eines großen Teiles so offensichtlich ist, daß eine ins Einzelne gehende Untersuchung überflüssig erscheint. Damit soll nicht gesagt werden, daß in diesen Fällen überhaupt keine rechtlichen Bin-

1) vgl. Art. 111 GG; Art. 80 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 140 Verf. Hessen; Art. 44 LS. Schleswig-Holstein; Art. 82 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 50 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) vgl. dazu unten S. 67 .

dungen vorhanden sind. Sie treten aber in dem weiten Raum politischer Gestaltungsfreiheit, der den Regierungsorganen bei der Ausübung dieser Funktion von den Verfassungen be- lassen worden ist, so wenig hervor, daß ihre Zugehörigkeit zum politischen Funktionskreis dadurch nicht berührt wird. Das gilt vor allem von der Aufgabe, die Richtlinien der Politik zu bestimmen. Aber auch die Regelung der Ressort- zuständigkeiten, die Entscheidung von Meinungsverschieden- heiten zwischen den Ressortministern, die Ausübung des Be- gnadigungsrechtes, die Vertretung des Staates nach außen, die Zustimmung zu Staatsverträgen, die Anweisung des Gene- ralstaatsanwalts zur Erhebung der Richteranklage, die Ge- nehmigung der Waffenherstellung und die Maßnahmen zur Ab- wehr von Gefahren, die die freiheitliche demokratische Grundordnung des Bundes oder eines Landes bedrohen, sind hier zu nennen. Von den Fällen der Landtagsauflösung durch ein Regierungsorgan gehören nur die beiden im Grundgesetz und in der Landessatzung von Schleswig-Holstein geregelt- ten hierher, also die Auflösung durch den Premierminister bei Verweigerung des parlamentarischen Vertrauens. Den in der Verfassung des Landes Baden-Württemberg geregelten Fall der Landtagsauflösung werden wir dagegen in den recht- lichen Funktionskreis einordnen müssen; denn dort muß das Ministerkollegium zur Landtagsauflösung schreiten, so- bald ein solches Begehren von 200 000 wahlberechtigten Staatsbürgern erhoben wird. Für eigene politische Erwä- gungen bleibt ihm dabei kein Raum. Endlich sind in diesem Zusammenhang noch alle die Aufgaben zu erwähnen, die den Ministern aus der Übernahme von Kultur- und Wohlfahrtsauf- gaben durch den Staat zuwachsen und die wir allgemein als Preis-, Lohn-, Zins-, Geld-, Kredit- und Währungspolitik, Konjunktur- und Beschäftigungspolitik, Agrar-, Gewerbe- und Handelspolitik, Devisen- und Zollpolitik - um nur einige aus der großen Fülle anzuführen - zu bezeichnen pflegen.

Nicht so unmittelbar einsichtig sind dagegen die Fälle, in denen es sich um die Berufung und Abberufung staatlicher Organträger handelt, also der Ressortminister, der Beamten einschließlich der Richter und des Premierminister-Stell-

vertreter. Die rechtlichen Bindungen erreichen bei diesen Funktionen ein höheres Maß als bei den vorgenannten Funktionen. Ihre Klassifizierung erfordert deshalb eine genauere Prüfung ihres politischen und rechtlichen Gehalts.

Was zunächst die Ressortminister anbetrifft, so können nur solche Personen dazu berufen werden, die die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, nicht verloren haben. Ein Verlust dieser Fähigkeit kann bekanntlich dauernd durch die Verurteilung zu einer Zuchthausstrafe und zeitweilig durch die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder im Gefolge einer Verurteilung wegen Hochverrats, Landesverrats oder anderer staatsgefährdender Handlungen eintreten¹⁾. Die Fähigkeit kann ferner im Falle der Verwirkung bestimmter Grundrechte durch das Bundesverfassungsgericht aberkannt werden²⁾. Einzig in Hessen scheiden von einer Berufung zum Minister auch die Angehörigen der Häuser aus, die bis 1918 in Deutschland oder in einem anderen Lande regiert haben oder noch in einem anderen Lande regieren³⁾. Der Besitz der deutschen oder einer bestimmten Landesstaatsangehörigkeit wird von den Ressortministern nicht gefordert⁴⁾. Auch brauchen sie nicht Mitglieder des Bundestages oder eines Landtages zu sein⁵⁾. Dagegen haben einige Landesverfassungen bestimmt, daß die Regierung zur Amtsübernahme des Vertrauens oder der Bestätigung des Landtags bedarf⁶⁾.

1) vgl. §§ 31-35, 85, 98, 101 StGB.

2) vgl. § 39 Abs. 2 BVerf.GG u. Art. 18 GG.

3) vgl. Art. 101 Abs. 3 Verf. Hessen.

4) Dagegen nach einzelnen Landesverfassungen von den Ministerpräsidenten; vgl. Art. 46 Abs. 1 Satz 2 und Art. 28 Abs. 2 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 44 Abs. 2 Verf. Bayern. Die Auffassung Münchs (a.a.O., S. 120), der für sämtliche Mitglieder der Bundesregierung die deutsche Staatsangehörigkeit fordert, findet im Grundgesetz keine Stütze.

5) vgl. im Gegensatz dazu Art. 92 Verf. D.D.R.

6) vgl. Art. 46 Abs. 3 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 45 Verf. Bayern; Art. 101 Abs. 4 Verf. Hessen; Art. 98 Abs. 2 Satz 3 Verf. Rheinland-Pfalz. Der Parlamentarische Rat hat das Antrittsvertrauen für die Minister dagegen im Grundgesetz gestrichen.

Durch diese Bestimmung wird der für die Ernennung der Ressortminister zuständige Ministerpräsident indessen rechtlich nicht gebunden, er kann nur politisch gezwungen sein, auf die Landtagsmehrheit Rücksicht zu nehmen.

Das Maß, das die rechtlichen Bindungen bei der Entlassung der Ressortminister erreichen, ist kaum höher als das bei ihrer Ernennung. Der Premierminister kann einmal gezwungen sein, einen Ressortminister zu entlassen bzw. um die Entlassung nachzusuchen, wenn dieser freiwillig¹⁾ oder nach dem Entzug des Vertrauens²⁾ seinen Rücktritt erklärt³⁾. In Baden-Württemberg muß er die Entlassung ferner dann verfügen, wenn von zwei Dritteln der Landtagsmitglieder ein darauf gerichteter Beschluß gefaßt wird⁴⁾. Zwangsläufig zur Entlassung führen muß schließlich auch eine Verweigerung des Eides, den sämtliche Minister bei der Amtsübernahme zu leisten haben⁵⁾. Verliert ein Minister dagegen die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden, oder wird ihm sein Amt in einem staatsgerichtlichen Verfahren aberkannt, so tritt der Amtsverlust bereits mit der Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung ein, ohne daß es noch einer förmlichen Entlassung bedarf⁶⁾.

Bei der Bestimmung des Premierminister-Stellvertreters kommt noch hinzu, daß die Auswahl auf den Kreis der Minister beschränkt ist. Eine Person, die nicht Minister ist, kann der Premierminister nicht zu seinem Stellvertreter bestellen.

1) vgl. § 9 Bundesministergesetz vom 17.6.1953 (BGBl. I S. 407); Art. 55 Abs. 1 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 44 Abs. 3 Verf. Bayern; Art. 113 Abs. 1 Verf. Hessen; Art. 62 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 24 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen; Art. 21 Abs. 3 LS. Schleswig-Holstein.

2) Das Mißtrauensvotum gegenüber einem Fachminister gibt es nur noch im Lande Rheinland-Pfalz (vgl. Art. 99 Abs. 1 u. 2 der Verf.) Näheres unten S. 100/101.

3) In diesem Falle kann aber die Pflicht zur Weiterführung des Amtes bis zur Amtsübernahme durch den Nachfolger praktisch werden; vgl. dazu unten S. 87.

4) vgl. Art. 56 Verf. Baden-Württemberg.

5) so auch Münch. a.a.O. S. 169

6) vgl. § 8 Ministergesetz von Baden-Wttbg. v. 13.12.54 (GBL. S. 163) § 5 Landesministergesetz von Nordrhein-Westf. v. 5.5.53 (GVBl. S. 258).

Die Berufung der Beamten ist in noch weit stärkerem Maße an das Vorliegen bestimmter Voraussetzungen geknüpft, die von dem dafür zuständigen Premierminister oder Ministerkollegium zu prüfen sind. An erster Stelle steht selbstverständlich auch hier die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter. Die weiteren Voraussetzungen werden in den Landesbeamtengesetzen aufgezählt. Es empfiehlt sich jedoch, nicht von diesen Gesetzen auszugehen, weil sie sich sämtlich auf das Deutsche Beamtengesetz des Jahres 1937¹⁾ gründen, das durch das Bundesbeamtengesetz des Jahres 1953²⁾ abgelöst worden ist, und heute schon erkennbar ist, daß die Länder bei der in Aussicht genommenen Neuregelung ihres Beamtenrechts weitgehend dem Bundesbeamtengesetz folgen werden. Ferner ist damit zu rechnen, daß der Bund seinerseits in absehbarer Zeit Rahmenvorschriften über die Rechtsverhältnisse der im öffentlichen Dienst der Länder, Gemeinden und anderen Körperschaften des öffentlichen Rechts stehenden Personen erlassen wird³⁾, in denen die Grundsätze und Grundgedanken des Bundesbeamtengesetzes ihren Niederschlag finden werden. Es erscheint deshalb angezeigt, das Bundesbeamtengesetz schon hier der Betrachtung zugrunde zu legen.

Nach dem Bundesbeamtengesetz kann in das Beamtenverhältnis nur berufen werden, wer Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist⁴⁾, wer also die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder als Flüchtling oder Vertriebener deutscher Volkszugehörigkeit im deutschen Reichsgebiet Aufnahme gefunden hat⁵⁾. Ferner wird gefordert, daß der Bewerber die für seine Laufbahn vorgeschriebene oder -

1) Deutsches Beamtengesetz v. 26.1.1937 (RGBl. I S. 39).

2) Bundesbeamtengesetz v. 14.7.1953 (BGBl. I S. 551).

3) und zwar gemäß Art. 75 Ziff. 1 GG.

4) vgl. Art. 116 GG.

5) Diejenigen Bestimmungen des Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetzes, wonach die Ernennung eines Ausländers zum Beamten im Bund oder einem deutschen Land den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit zur Folge hatte, sind aufgehoben worden.

mangels solcher Vorschriften - übliche Vorbildung besitzt oder die erforderliche Befähigung durch Lebens- und Berufserfahrung innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Dienstes erworben hat¹⁾. Die Laufbahngrundsätze, insbesondere die Mindestvoraussetzungen für die Zulassung zu den einzelnen Laufbahnen, werden dabei durch das Bundesbeamtengesetz festgelegt²⁾. Selbst in der Ermittlung der Bewerber sind die mit der Ernennung betrauten Regierungsorgane durch die Pflicht zur Stellenausschreibung gebunden³⁾. Noch stärker sind die rechtlichen Bindungen, denen die Regierungsorgane bei der Entlassung der Beamten unterliegen. Die Voraussetzungen dafür sind im Bundesbeamtengesetz abschließend aufgezählt⁴⁾.

Die Verhältnisse bei den Richtern entsprechen denen bei den anderen Beamten, zumindest was ihre Ernennung anbelangt⁵⁾. Ihre Entlassung ist der Zuständigkeit der Regierungsorgane entzogen. Das Vorliegen eines Entlassungsgrundes muß von Fall zu Fall durch eine richterliche Entscheidung festgestellt werden.

Während bei der Berufung von Beamten - von dem Sonderfall der Außenseiterberufung einmal abgesehen - und Richtern sonach für eine politische Stellungnahme nur noch die Frage übrig bleibt, welchem von mehreren gleich qualifizierten Bewerbern der Vorzug gegeben werden soll, unterliegen die Berufung der Ressortminister und die Bestimmung des Premierminister-Stellvertreters nur verhältnismäßig wenigen, zum größten Teil nahezu selbstverständlichen rechtlichen Bindungen. Und während die Entlassung der Beamten an unverrückbare Voraussetzungen geknüpft ist, ist

1) vgl. § 7 Abs. 1 Ziff. 3a BBG.

2) vgl. §§ 15 ff BBG sowie auch die VO über die Laufbahnen der Bundesbeamten vom 31.7.1956 (BGBl. I 1956 S. 712; MinBlFin.1956 S.685).

3) vgl. § 8 BBG .

4) vgl. §§ 28 ff BBG.

5) vgl. z.B. § 5 d.Gesetzes über die Ernennung u.Entlassung d.Richter u.Beamten des Landes Baden-Wttbg. v. 22.2.1954 (GBl.1954/23).

die Entlassung der Ressortminister bzw. der Vorschlag dazu und der Wechsel des Premierminister-Stellvertreters weitgehend dem freien Ermessen des Premierministers anheimgegeben. Damit ist die Frage, welchem der beiden Funktionskreise diese Funktionen zuzuordnen sind, entschieden: Die Berufung und Abberufung der Beamten und der Richter gehört dem rechtlichen Funktionskreis an, diejenige der Ressortminister und die Bestimmung des Premierminister-Stellvertreters dagegen dem politischen.

Mit der Untersuchung der völkerrechtlichen Vertretung des Staates, des Begnadigungsrechts sowie der Ernennung und Entlassung der Ressortminister und Beamten einschließlich der Richter ist nun auch die Beantwortung der Frage genügend vorbereitet, welchem der beiden staatlichen Funktionskreise die dem Bundeskanzler und den Bundesministern obliegende Pflicht zur Gegenzeichnung der Anordnungen und Verfügungen des Bundespräsidenten zuzuweisen ist¹⁾. Denn der politische und rechtliche Gehalt dieser Pflicht muß naturgemäß gleich sein mit dem der Funktionen, auf die sie sich bezieht. Gelangten wir dazu, das Begnadigungsrecht, die völkerrechtliche Vertretung des Staates und die Ernennung und Entlassung der Ressortminister in den politischen, diejenige der Beamten dagegen in den rechtlichen Funktionskreis einzuordnen, so kommen wir nicht umhin, auch die Gegenzeichnungspflicht bald als eine politische und bald als eine rechtliche Funktion anzusprechen. Es richtet sich dies danach, welche Funktion des Bundespräsidenten sie im Einzelfall betrifft.

Nun zu den Vollziehungsfunktionen im engeren Sinne, den Funktionen also, die in besonderer Weise der Ausführung der Gesetze dienen. Sie stellen das eigentliche Gegenstück zu den - soweit sie den Regierungsorganen zugewiesen sind - im vorigen Abschnitt behandelten Rechtsetzungsfunktionen dar, den Funktionen also, die der Schaffung der Gesetze

1) vgl. die Art. 58-60 GG.

dienen. Sprach bei den Rechtsetzungsfunktionen a priori eine Vermutung für ihre Zugehörigkeit zum politischen Funktionskreis, so spricht bei den Vollziehungsfunktionen, wenn wir die rechtlichen Funktionen zutreffend als diejenigen bestimmt haben, die in der Verwirklichung der in den Gesetzen niedergelegten Erkenntnis- und Wertgrundsätze, insbesondere in der Ausführung der darin enthaltenen Aufträge bestehen, eine Vermutung a priori für die Zugehörigkeit zum rechtlichen Funktionskreis. Die Verhältnisse liegen aber nicht so offen zutage, um eine genauere Untersuchung zu erübrigen.

Für eine präzise Klassifizierung der ersten dieser Vollziehungsfunktionen, der Einrichtung von Behörden im einzelnen, ist es wichtig, daß die Verfassungen, die damit Regierungsorgane beauftragt haben, die Organisation der gesamten Staatsverwaltung im übrigen der Gesetzgebung vorbehalten haben¹⁾. Denn damit klingen für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Gesetzgebungsorgane von denen der Regierungsorgane auf dem Gebiete der Staatsorganisation die gleichen Grundsätze an, die wir im Hinblick auf das den Regierungsorganen zugestandene Recht zum Erlaß gesetzesabhängiger Rechtsverordnungen schon auf dem Gebiet der Rechtsetzung kennenlernten. Dem Gesetzgeber obliegt die Organisation im allgemeinen und die Regelung der Zuständigkeiten²⁾. Er hat insbesondere auch die Frage zu entscheiden, ob neue, der Verwaltung durch ein Gesetz gestellte Aufgaben neue Behörden erfordern oder ob sie von der bestehenden Behördenorganisation mit übernommen werden können und sollen. Die Regierungsorgane sind auf die Regelung der vornehmlich technischen Einzelheiten beschränkt, für die es dem Gesetzgeber an der erforderlichen Verwaltungserfahrung mangelt. Wenn man ferner bedenkt, daß auch diese Regelung - wie alle organisatorischen Maßnahmen der Verwaltung - an die Positionen des Haushaltsplanes gebunden

1) vgl. Art. 77 Abs. 1 Satz 1 Verf. Bayern; Art. 38 Abs. 2 LS. Schleswig-Holstein; Art. 77 Satz 1 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 29 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) Geller-Kleinrahm, a.a.O., zu Art. 77 Verf. Nordrhein-Westf..

bleibt, so wird deutlich, daß die Regierungsorgane bei der Einrichtung der Behörden im einzelnen nur wenig Raum zu freier Gestaltung haben. Das Wesen ihrer Tätigkeit besteht auf organisatorischem Gebiet darin, den Willen des Gesetzgebers in die Tat umzusetzen. Die Einrichtung der Behörden zählt damit zu ihren rechtlichen Funktionen.

Wenn wir uns im folgenden nun der Aufgabe der Regierungsorgane zuwenden, Verwaltungsverordnungen zu erlassen, so können wir uns dabei auf die sogenannten Ausführungsverordnungen beschränken. Die andere Erscheinungsart, die sogenannten Organisationsverordnungen, kann außer Betracht bleiben, weil dafür das oben Gesagte gilt. Denn die äußere Form, in der die Regierungsorgane ihre organisatorischen Anordnungen treffen, ob diese als Einzelakte oder aber als Verwaltungsverordnungen ergehen, ist für ihren Charakter gleichgültig, es handelt sich immer um die Ausübung einer rechtlichen Funktion.

Bei den Ausführungsverordnungen ist es schon ihre Bezeichnung, die darauf hindeutet, daß es die rechtlichen Elemente sind, die ihr Wesen bestimmen. Es geht bei ihrem Erlass für die damit betrauten Regierungsorgane darum, den Willen des Gesetzgebers durch Auslegungsrichtlinien näher zu präzisieren und dadurch auf eine einheitliche Handhabung des betreffenden Gesetzes durch die unteren Verwaltungsstellen hinzuwirken. Besondere Bedeutung kann dabei auch einer politischen Auslegung des Gesetzes zukommen, die dazu dient, eine seinem politischen Sinngehalt entsprechende Anwendung zu sichern. Maßgebend, auch für die politische Auslegung, ist aber stets der Wille des Gesetzgebers, soweit er im Gesetz einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat. Dieser Wille muß selbst dann noch beachtet werden, wenn sich die sozialen Zustände, von denen der Gesetzgeber bei der Schaffung des Gesetzes ausgegangen ist, im Laufe der Zeit wandeln und dadurch eine ergänzende Auslegung notwendig wird. Es ist dann nur kein wirklich erklärter, sondern ein hypothetischer Wille, von dem die Regierungsorgane bei der Auslegung auszugehen haben. Bei alledem haben sie also keine politische, sondern eine rein rechtliche Wirksamkeit zu entfalten. Anders verhält

es sich nur in den Fällen, in denen der Gesetzgeber der Verwaltung ein freies Ermessen bei der Anwendung eines Gesetzes eingeräumt hat. Denn bei Ermessensentscheidungen handelt es sich nicht darum, einen festgestellten Sachverhalt logisch unter einen gesetzlichen Tatbestand zu subsumieren und sodann die Rechtsfolge festzustellen, sondern darum, über den festgestellten Sachverhalt ein Werturteil zu bilden, das dann die Grundlage für weitere Entschlüsse abgibt. Wenn ein Regierungsorgan es für notwendig hält, einen Ermessensspielraum im Interesse einer einheitlichen Verwaltungsgebarung im Wege einer Ausführungsverordnung auszufüllen, so trifft es damit eine politische Entscheidung. Die Einräumung freien Ermessens durch den Gesetzgeber bildet im Rechtsstaat aber nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Wir können die Aufgabe der Regierungsorgane, Ausführungsverordnungen zu erlassen, deshalb ohne Bedenken in den rechtlichen Funktionskreis einordnen.

Daß die Regierungsorgane sich auch bei der ihnen obliegenden Aufgabe, über die Ausführung der Gesetze durch die Länder, die Gemeinden, die juristischen Personen des öffentlichen Rechts und die unterstellten Behörden und deren Träger zu wachen, im rechtlichen Funktionskreis bewegen, kann kaum zweifelhaft sein. Indessen bestätigt sich auch hier wieder die Erfahrung, daß die politische und die rechtliche Seite am Leben des Staates in den meisten Funktionen miteinander vereint sind. Es ist die Ermessensnachprüfung, die den politischen Einschlag bedingt. Sie steht den Regierungsorganen allerdings nicht in allen Fällen zu, in denen sie Aufsichtsfunktionen ausüben. So sind sie im Bund bei der sogenannten Aufsichtsverwaltung, die alle Verwaltungsaufgaben umfaßt, die sich aus Bundesgesetzen ergeben und für die weder eine bundeseigene Verwaltung noch eine Auftragsverwaltung der Länder besteht¹⁾, allein auf die Rechtsaufsicht beschränkt, d.h. auf die Nachprüfung der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Auch die Kommunalaufsicht beschränkt sich

1) vgl. Art. 84 Abs. 3 GG

seit 1945 grundsätzlich auf die Überwachung der Gesetzmäßigkeit der gemeindlichen Selbstverwaltung. Nur bei besonders wichtigen finanziellen Maßnahmen der Gemeinden erstreckt sie sich durch die sogenannten Genehmigungsvorbehalte auch auf die Überwachung der Zweckmäßigkeit. Demgegenüber erstrecken sich die Bundesaufsicht im Falle der sogenannten Auftragsverwaltung¹⁾ und die Dienstaufsicht über die unterstellten Behörden - soweit sie von Regierungsorganen ausgeübt wird - sowohl auf die Gesetzmäßigkeit als auch auf die Zweckmäßigkeit. Nicht unerheblich ist schließlich auch der Umfang, den die Ermessensentscheidungen bei der Ausübung der Personalaufsicht einnehmen²⁾.

Für die Ausführung des Haushaltsplanes, die uns noch zu prüfen übrig bleibt, gilt dasselbe wie für die Ausführung der anderen Gesetze. Auch dafür gibt es zwar Ermessensvorschriften, überwiegend, und damit für den Funktionscharakter bestimmend, sind aber die rechtlichen Bindungen. Selbst die Zustimmung zu Haushaltsüberschreitungen und außerplanmäßigen Ausgaben kann der Finanzminister nicht nach freiem Ermessen erteilen. Die Verfassungen fordern vielmehr als Voraussetzung das Vorliegen eines unvorhergesehenen und unabweisbaren Bedürfnisses³⁾. Auch diese Funktionen sind deshalb dem rechtlichen Funktionskreis zuzurechnen.

Zusammenfassend ist sonach festzustellen, daß die Regierungsorgane auf dem Gebiet der Vollziehung neben einer Vielzahl politischer Funktionen auch ein erhebliches Maß an rechtlichen Funktionen wahrzunehmen haben.

1) vgl. Art. 85 Abs. 3 u. 4 GG.

2) So steht z.B. die Einleitung eines Dienststrafverfahrens im pflichtmäßigen Ermessen der zuständigen Dienstbehörde.

3) vgl. Art. 112 GG; Art. 143 Abs. 1 Satz 2 Verf. Hessen sowie § 33 RHO.

III. Sind die Minister Träger politischer oder rechtlicher Staatsorgane?

Mit den Feststellungen, welche staatlichen Funktionen von den Ministern wahrzunehmen sind und wie sich diese Funktionen auf die einzelnen der von ihnen getragenen Regierungsorgane verteilen, sind die Voraussetzungen geschaffen, um nun an eine Beantwortung der Frage zu gehen, ob die Minister Träger politischer oder rechtlicher Staatsorgane sind.

Was zunächst das Staatsorgan Premierminister anbetrifft, so sahen wir, daß sein Zuständigkeitsbereich in der Bundesrepublik und im Lande Nordrhein-Westfalen ausschließlich politische Funktionen umfaßt¹⁾, daß in den anderen Ländern durch die Zuweisung der Ausfertigung und Verkündung der Gesetze und der Ernennung und Entlassung der Beamten zwar auch rechtliche Funktionen dazu gehören, daß es sich dabei aber ursprünglich um Funktionen eines Staatspräsidenten handelt, die nur wegen des Verzichts auf diese Einrichtung dem Premierminister übertragen worden sind. Bei der Einrichtung des Premierministers haben wir es sonach mit einem politischen Staatsorgan zu tun, dem (systemwidrig) in Einzelfällen zwar auch rechtliche Funktionen zugewiesen worden sind, die im ganzen gesehen aber doch nicht so schwer wiegen, daß sie eine Veränderung des politischen Organcharakters bewirken.

Im Falle des Ministerkollegiums stellten wir fest, daß dieses Staatsorgan auf dem Gebiet der Rechtsetzung überwiegend politische Funktionen und auf dem Gebiet der Vollziehung neben zahlreichen politischen auch ein beachtliches Maß an rechtlichen Funktionen zu erfüllen hat. Eine eindeutige Klassifizierung als politisches oder als rechtliches Staatsorgan ist hier deshalb nicht möglich. Das Minister-

1) Die Ernennung und Entlassung der Bundesbeamten dürfte im Regelfalle nicht die Richtlinien der Politik betreffen und deshalb fast ausnahmslos durch den zuständigen Bundesminister gegenzuzeichnen sein.

kollegium stellt vielmehr eine eigenartige Mischung beider Organtypen dar, bei der die politische Seite besonders betont worden ist.

Die Feststellungen, die wir für das Ministerkollegium getroffen haben, treffen im wesentlichen auch auf die Einrichtung der Ressortminister zu. Als Unterschied wird man allenfalls und nur mit Vorsicht herausstellen können, daß ihr Anteil an rechtlichen Funktionen größer ist als der des Ministerkollegiums, ohne daß es indessen möglich wäre, das in einer festen Verhältniszahl auszudrücken. Wir werden deshalb nicht fehl gehen, wenn wir auch die Einrichtung der Ressortminister als eine Mischform zwischen politischen und rechtlichen Staatsorganen betrachten.

§ 8

Die Organstellung der Minister im Lichte der Unterscheidung persönlicher und institutioneller Staatsorgane.

Nach den von Gerber für die Unterscheidung persönlicher und institutioneller Staatsorgane herausgearbeiteten Merkmalen¹⁾ müssen wir unser Augenmerk in diesem Teil der Untersuchung besonders auf die Klärung folgender vier Fragen richten:

- 1) Werden die Minister rein nach persönlicher Würdigung zu staatlicher Organtätigkeit berufen oder ist ihre durch ein System amtlicher Prüfungen festgestellte sachliche Befähigung dafür ausschlaggebend ?
- 2) Treten sie lediglich durch Äußerungen ihres Willens in Funktion oder sind die Auswirkungen ihres persönlichen Wissens und Könnens an sachlichen Hilfsmitteln das Kennzeichen ihrer Amtstätigkeit ?
- 3) Unterliegen die Regierungsorgane periodischer Gesamterneuerung in der Weise, daß sie in ihrem Be-

1) vgl. oben S. 16/17 .

stande unmittelbar von den Ministern als ihren Trägern abhängen, oder bestehen sie unabhängig von deren Kommen und Gehen auf ununterbrochene Dauer ?

- 4) Richten sich Art und Ausmaß des den Ministern gewährten Unterhalts nach der Eigenart und tatsächlichen Dauer ihrer Organtätigkeit oder nach einem typisierten Bedürfnisstande und greift der Unterhalt im letzteren Falle auch über ihre Amtstätigkeit und ihre Person hinaus ?

I. Werden die Minister rein nach persönlicher Würdigung zu staatlicher Organtätigkeit berufen oder ist ihre durch ein System amtlicher Prüfungen festgestellte Befähigung dafür ausschlaggebend ?

Die Berufung der Minister hat uns - bis auf diejenige der Premierminister - schon einmal beschäftigt¹⁾. Wie sich dort zeigte, ist es nur die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter, die ganz allgemein dafür gefordert wird. Dazu kommt in Hessen, daß die zu Berufenden nicht ehemals oder neuerdings regierenden Häusern angehören, und in Baden-Württemberg, Bayern, Hessen und Rheinland-Pfalz, daß sie in ihrer Gesamtheit bei der Amtsübernahme das Vertrauen des Landtags genießen. Die Premierminister, das ist noch nachzutragen, werden von den Parlamenten gewählt²⁾. Die Voraussetzungen für ihre Wählbarkeit stimmen mit denje-

1) vgl. oben S. 68.

2) vgl. Art. 63 Abs. 1 GG; Art. 46 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 44 Abs. 1 Verf. Bayern; Art. 101 Verf. Hessen; Art. 98 Abs. 2 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 21 Abs. 2 LS. Schleswig-Holstein; Art. 52 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 20 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

nigen für die Ernennung der anderen Minister überein. Nur in den Ländern Baden-Württemberg und Bayern wird darüber hinaus gefordert, daß der zu Wählende selbst wahlberechtigt ist, die Landesstaatsangehörigkeit besitzt und ein bestimmtes Mindestalter erreicht hat, ferner in Nordrhein-Westfalen, daß er Mitglied des Landtags ist¹⁾.

Es gibt also weder in der Bundesrepublik noch in einem ihrer Länder eine Vorschrift, welche die Berufung zum Minister von einer fachlichen Ausbildung oder einer planmäßigen Vorbereitung, geschweige denn von einer bestimmten, in einer amtlichen Prüfung unter Beweis zu stellenden sachlichen Befähigung abhängig machen würde. Damit ist festgestellt, daß die sachliche Befähigung kein verfassungsrechtliches Erfordernis bei der Auswahl der Minister darstellt.

Es kann indessen nicht geleugnet werden, daß die Tradition der alten Zeit, die vom Minister verlangt, daß er nicht nur ein guter Politiker, sondern auch ein guter Behördenleiter ist, bei der Besetzung einzelner klassischer Ministerien, insbesondere des Finanzministeriums, in Deutschland immer noch eine gewisse Rolle spielt²⁾. Das französische System, das sich aus den in Frankreich häufigen Ministerwechseln entwickelt hat und dadurch gekennzeichnet ist, daß die Minister dort mehr symbolisch an die Spitze ihrer Ministerien gestellt werden, erfreut sich in Deutschland keiner besonderen Popularität. Wenn die deutsche Tradition im Bonner Grundgesetz und in den Länderverfassungen dennoch keinen Niederschlag gefunden hat, so liegt das in dem Bestreben aller dieser Verfassungen begründet, ein wahrhaft demokratisches System zu verwirklichen. Im demokratischen

1) vgl. Art. 46 Abs. 1 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 44 Abs. 2 Verf. Bayern; Art. 52 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westf..

2) Das läßt auch Münch in seinen Ausführungen anklingen (vgl. a.a.O., S. 159); a.A. offenbar Köttgen (vgl. Abgeordnete und Minister als Statusinhaber, a.a.O. S. 210).

Staat ist der Minister Parteiminister, d.h. er verdankt dort sein Amt regelmäßig einer bestimmten politischen Partei. Da die Erfahrung lehrt, daß die politischen und die fachlichen Gaben im Menschen nicht immer eine glückliche Ehe eingehen, könnte mancher begabte Politiker nicht in die engere Wahl gezogen werden, wollte man die Berufung auf einen Ministerposten zugleich vom Vorhandensein fachlicher Qualitäten abhängig machen. Der Weg, den die Verfassungen beschritten haben, indem sie nur wenig, beinahe selbstverständliche Mindestanforderungen aufstellten, ermöglicht es, alle Werte einer Person zu berücksichtigen, die für das zu bekleidende Ministeramt irgendwie von Bedeutung sein können.

Es kann deshalb gesagt werden, daß die Minister rein nach persönlicher Würdigung in ihr Amt berufen werden.

II. T r e t e n d i e M i n i s t e r l e d i g -
l i c h d u r c h Ä u ß e r u n g e n i h r e s
W i l l e n s i n F u n k t i o n o d e r
s i n d d i e A u s w i r k u n g e n i h r e s
p e r s ö n l i c h e n W i s s e n s u n d
K ö n n e n s a n s a c h l i c h e n H i l f s -
m i t t e l n d a s K e n n z e i c h e n i h -
r e r A m t s t ä t i g k e i t ?

Die Fragestellung dieses Abschnitts lenkt unsere Aufmerksamkeit erneut auf die Tätigkeit der Minister, mit der wir uns schon eingehend befaßt haben, als wir ihre Funktionen auf den politischen und rechtlichen Gehalt prüften. Die Tatsache, daß Gerber die politischen Staatsorgane den persönlichen und die rechtlichen den institutionellen gleichsetzt, weist uns dabei schon in die Richtung, in der die Antwort zu suchen ist. Denn wenn es einen Berührungspunkt zwischen den beiden Organunterscheidungen gibt, also zwischen politischen und rechtlichen Staatsorganen einerseits und zwischen persönlichen und institutionellen Staatsorganen andererseits, so kann dieser nur dort liegen, wo die Unterscheidungsmerkmale aus der Tätigkeit abgeleitet werden, die den Organträgern obliegt. Das Handeln nur durch

Willensäußerungen muß mithin überall dort im Vordergrund stehen, wo es um die Entfaltung politischer Lebenswirksamkeit geht, die Auswirkungen persönlichen Wissens und Könnens an sachlichen Hilfsmitteln dagegen dort, wo rechtliche Funktionen zu erfüllen sind.

Daß diese Überlegungen richtig sind und mit der Wirklichkeit in Einklang stehen, läßt sich leicht nachprüfen. Im politischen Funktionskreis des Staates muß sich die Tätigkeit der Organträger zwangsläufig in bloßen Willensäußerungen erschöpfen. Das bedeutet nicht, daß das persönliche Wissen und Können der Organträger in diesem Bereich keine Rolle spielt und entbehrlich ist. Ihr Wissen und Können bezieht sich aber nicht wie im rechtlichen Funktionskreis des Staates auf den Einsatz und die Handhabung sachlicher Hilfsmittel, sondern in jenem höheren Sinne von Weisheit auf die rechte staatliche und darüber hinaus gesellschaftliche Ordnung und die Erkenntnis dessen, was dem Wohle der im Staate geeinten Volksgemeinschaft dienlich ist. Die Hilfsmittel, deren sich die Träger institutioneller Staatsorgane bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben bedienen, werden, wie wir gesehen haben, im politischen Funktionskreis zu einem Großteil überhaupt erst geschaffen, und zwar überwiegend in der Gestalt von Rechtssätzen als Grundlage praktischer Gemeinschaftsgestaltung. Sicherlich treten auch die Träger institutioneller Staatsorgane durch Willensäußerungen in Funktion, weil alles organschaftliche Handeln auf einem die Handlung tragenden Willen beruht. Ohne einen solchen Willen könnte nicht von einem Handeln, sondern nur von rechtlich unerheblichen körperlichen Reflexen der Organträger gesprochen werden. In seiner Bedeutung tritt der Wille institutioneller Organträger aber ganz hinter dem höheren Willen des Gesetzgebers zurück. In dem Willen des Gesetzgebers liegt der Auftrag, den sie zu erfüllen haben, und die Schranke, die ihrem eigenen Willen dabei gesetzt ist.

Bei der Beantwortung der in diesem Abschnitt aufgeworfenen Frage können wir deshalb, ohne die Tätigkeit der Minister noch einmal im einzelnen untersuchen zu

müssen, unbedenklich auf das Ergebnis zurückgreifen, das wir bei ihrer Einordnung in den politischen und den rechtlichen Funktionskreis des Staates erzielt haben, und feststellen, daß sie insoweit lediglich durch Äußerungen ihres Willens in Funktion treten, als sie politische Aufgaben zu erfüllen haben, und daß ihre Amtstätigkeit insoweit durch die Auswirkungen ihres persönlichen Wissens und Könnens an sachlichen Hilfsmitteln gekennzeichnet ist, als ihnen rechtliche Aufgaben obliegen¹⁾.

III. U n t e r l i e g e n d i e R e g i e r u n g s -
o r g a n e p e r i o d i s c h e r G e s a m t -
e r n e u e r u n g i n d e r W e i s e ,
d a ß s i e i n i h r e m B e s t a n d e
u n m i t t e l b a r v o n d e n M i n i -
s t e r n a l s i h r e n T r ä g e r n a b -
h ä n g e n , o d e r b e s t e h e n s i e
u n a b h ä n g i g v o n d e r e n K o m -
m e n u n d G e h e n a u f u n u n t e r -
b r o c h e n e D a u e r ?

Wenn in diesem Abschnitt von der Daueranlage von Staatsorganen als der einen organisatorischen Möglichkeit und ihrer periodischen Gesamterneuerung als der anderen die Rede ist, dann ist das Augenmerk dabei weniger auf die Organe selbst, als auf ihre physischen Träger gerichtet. Denn nur die physischen Organträger können einem periodischen

1) Es erscheint wenig folgerichtig, die Minister mit Aufgaben zu betrauen, die ein bestimmtes Wissen und Können voraussetzen, bei ihrer Berufung aber auf den Nachweis einer entsprechenden Qualifikation zu verzichten. Auf diesen Widerspruch in unserem Verfassungsrecht hat die Staatsrechtswissenschaft schon mehrfach hingewiesen und zur Lösung dieses und anderer beamtenrechtlicher Probleme die Einführung eines ständigen Staatssekretärs vorgeschlagen. Vgl. dazu Köttgen, Berufsbeamtentum S.157 ff; Heyland, a.a.O., S.101 ff; Gerber, Parlamentarische Staatssekretäre ? DÖV 1953 S. 70 .

Wechsel unterliegen, den Staatsorganen als den von den Personen ihrer Träger losgelösten Institutionen ist dagegen immer die Tendenz zu unbegrenztem Fortbestand immanent. Eine unmittelbare Abhängigkeit der persönlichen Staatsorgane in ihrem Bestande von ihren physischen Trägern, die Gerber als das besondere Kennzeichen dieser Organgruppe ansieht, kann deshalb auch nicht den Bestand eines Organs in der geistigen Welt betreffen, in die der Staat hineingestellt ist, sondern nur in der empirischen Welt, in der sich seine Auswirkungen zeigen. Daraus folgt, daß die Frage nach der Abhängigkeit oder Unabhängigkeit eines Staatsorgans in seinem Bestande von dem physischen Organträger letztlich nicht sein Dasein, sondern nur seine Funktionsfähigkeit betreffen kann. Zur Beantwortung der in diesem Abschnitt aufgeworfenen Frage müssen wir deshalb zu klären suchen, ob die Minister auf Lebenszeit oder auf eine von vornherein begrenzte Zeit mit ihrem Amt betraut werden und ob für den Fall der Erledigung ihres Amtes organisatorische Vorkehrungen getroffen worden sind, um die ständige Funktionsfähigkeit der von ihnen getragenen Regierungsorgane zu gewährleisten.

Zu der ersten Frage können wir feststellen, daß die Verfassungen die Amtsdauer der Minister zur Wahlperiode des Parlaments, also des Bundes- bzw. des Landtags, in Beziehung setzen. So schreibt das Bonner Grundgesetz vor, daß das Amt des Bundeskanzlers und der Bundesminister in jedem Falle mit dem Zusammentritt eines neuen Bundestages endet¹⁾. Entsprechendes wird auch von den Verfassungen Baden-Württembergs und Nordrhein-Westfalens bestimmt²⁾. Nach der Bayerischen Verfassung wird der Ministerpräsident genau wie der Landtag auf vier Jahre gewählt³⁾. Da sein Schicksal fest mit dem der an-

1) vgl. Art. 69 Abs. 2 GG.

2) vgl. Art. 55 Abs. 2 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 62 Abs. 2 Verf. Nordrhein-Westfalen.

3) vgl. Art. 16 Abs. 1 u. Art. 44 Abs. 1. Verf. Bayern.

deren Landesminister verknüpft worden ist, unterscheidet sich auch diese Regelung im Ergebnis nicht von den schon genannten. Die Verfassung von Hessen und die vorläufige von Niedersachsen kennen zwar keine automatische Beendigung des Ministeramtes, sie ordnen vielmehr an, daß die Minister beim Zusammentritt eines neuen Landtages zurücktreten müssen¹⁾. Der praktische Erfolg, der dadurch erzielt wird, ist aber der gleiche. In die Verfassungen von Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein sind keine Bestimmungen dieser Art aufgenommen worden. Da auch ihnen das parlamentarische Prinzip zugrunde liegt, erscheint es aber kaum zweifelhaft, daß das Amt der Minister auch dort mit der Wahlperiode des Landtags endet²⁾.

Die Minister werden also nicht auf Lebenszeit, sondern auf eine von vornherein begrenzte Zeit in ihr Amt berufen. Auch das Ministerkollegium unterliegt damit in seiner Gesamtheit einem periodischen Wechsel. Das ist insofern bemerkenswert, als wir andere kollegial organisierte Staatsorgane kennen - es sei hier nur auf das Bundesverfassungsgericht verwiesen³⁾ -, bei denen immer nur ein Teil der Organträger von dem periodischen Wechsel ergriffen wird.

Die ständige Funktionsfähigkeit von Staatsorganen pflegt meist mit Hilfe von Stellvertretern gesichert zu werden. Dafür gibt es genügend praktische Beispiele. Eines bietet das Gesetz über die Finanzverwaltung⁴⁾. Danach können der Bundesminister der Finanzen und die für die Finanzverwaltung zuständigen obersten Landesbehörden für den Fall, daß der Oberfinanzpräsident verhindert oder seine Stelle unbesetzt ist, im gegenseitigen Einvernehmen einen ständigen

1) vgl. Art. 113 Abs. 2 Verf. Hessen; Art. 24 Abs. 2 u. 3 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) so auch Süsterhenn-Schäfer, a.a.O., Anm. 3a zu Art. 98 Verf. Rheinland-Pfalz.

3) vgl. § 4 Abs. 2 BVerf. GG.

4) vom 6.9.50 (BGBl. S. 448) i. d. F. des 2. Überleitungsgesetzes vom 21.8.51 (BGBl. S. 774), vgl. § 8.

Vertreter bestellen. Geschieht das nicht, so wird der Oberfinanzpräsident in Angelegenheiten, die nur eine Abteilung¹⁾ betreffen, durch den Leiter der Abteilung, in anderen Angelegenheiten durch den dienstältesten Abteilungsleiter vertreten. Eine entsprechende Vorschrift ist in der Geschäftsordnung für die Hauptzollämter enthalten²⁾. Der Oberfinanzpräsident bestimmt danach einen Beamten des Hauptzollamts, der in Fällen der Abwesenheit oder Behinderung des Vorstehers als dessen ständiger Vertreter die Leitung der Geschäfte des Hauptzollamts übernimmt. Dem Oberfinanzpräsidenten bleibt es danach ferner vorbehalten, bei längerer Dienstbehinderung des Hauptzollamtsvorstehers oder bei eintretender Stellenerledigung sowie für die Fälle der gleichzeitigen Abwesenheit des Vorstehers und des ständigen Vertreters die Vertretung besonders zu regeln. Es gilt also zu prüfen, ob für den Fall der Vakanz eines Ministeramtes ähnliche Vorkehrungen getroffen worden sind.

Daß für den Premierminister ein Stellvertreter vorgesehen ist, erfuhren wir bereits, als wir uns mit seinen Funktionen beschäftigten und dabei feststellten, daß er diesen selbst aus der Reihe der anderen Minister auszuwählen hat. Auch für die anderen Minister gibt es eine Stellvertretung, nur daß diese meist nicht in den Verfassungen, sondern in den Geschäftsordnungen geregelt ist, die sich die Regierungen gegeben haben. Die Regelung für die Bundesregierung ist in § 14 der Geschäftsordnung enthalten. Sie hat folgenden Wortlaut:

"Ist ein Bundesminister verhindert, so wird er in der Regierung durch den dazu bestimmten Bundesminister, als Leiter einer obersten Bundesbehörde durch den Staatssekretär oder bei dessen Behinderung durch die dazu bestimmten Beamten seines Ministeriums vertreten."

Daraus ergibt sich, daß die Stellvertretungsregelung zwar sämtliche Wirkungskreise der Minister erfaßt, daß sie aber

1) Es handelt sich um die Besitz- und Verkehrsteuerabteilung, die Zoll- und Verbrauchsteuerabteilung, die Bundesvermögens- und Bauabteilung und - fakultativ - die Landesvermögens- und Bauabteilung.

2) vom 20.7.1931

für den Fall ihrer Verhinderung getroffen ist, nicht auch für den Fall, daß ein Ministeramt vakant ist. In der Stellvertretungsregelung, wie sie für die Minister besteht, kann also keine organisatorische Vorkehrung zur dauernden Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der von ihnen getragenen Regierungsorgane erblickt werden.

In den Staaten mit parlamentarischen Regierungssystemen hat sich aber der Grundsatz herausgebildet, daß das Staatsoberhaupt die Minister, deren Amt durch den Ablauf der Wahlperiode des Parlaments ein Ende gefunden hat oder die zurückgetreten sind, ersuchen kann, ihre Geschäfte bis zur Amtsübernahme durch den Nachfolger weiterzuführen¹⁾. Dieser Grundsatz hat auch im Grundgesetz seinen Niederschlag gefunden, und zwar in Art. 69 . In Absatz 3 dieser Bestimmung heißt es, daß der Bundespräsident den Bundeskanzler und die Bundesminister bis zur Ernennung der Nachfolger zur Fortführung der Geschäfte verpflichten kann. Auch in zahlreichen Länderverfassungen begegnet uns der Grundsatz wieder, nur daß die Verpflichtung zur Fortführung der Geschäfte dort gleich unmittelbar ausgesprochen wird²⁾. Wie weit die Geschäftsführung reicht, ob sie insbesondere die weitere Ausübung sämtlicher den Regierungsorganen zugewiesenen Funktionen in sich schließt, darüber schweigen sich die Verfassungen allerdings durchweg aus. Wenn die unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung von der Staatsrechtswissenschaft und der Staatspraxis dazu entwickelten Grundsätze zutreffen, dann besteht zwischen der Stellung einer geschäftsführenden Regierung und der einer normalen kein grundlegender Unterschied³⁾. Die geschäftsführende Regierung behält vielmehr alle Befugnisse, die sie bis dahin besessen hat. Sie wird sich nur aus Gründen

1) vgl. Meder i. Bonner Kommentar, Anm. III 3 zu Art. 69 Abs. 3 GG.

2) vgl. Art. 55 Abs. 3 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 113 Abs. 3 Verf. Hessen; Art. 62 Abs. 3 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 24 Abs. 4 vorl. Verf. Niedersachsen; mit Einschränkungen auch Art. 99 Abs. 4 Verf. Rheinland-Pfalz (dazu aber Süsterhenn-Schäfer, a.a.O., Anm. 3 zu Art. 99 Verf. Rheinland-Pfalz) und Art. 44 Abs. 3 Satz 4 Verf. Bayern.

3) vgl. v. Mangoldt, a.a.O., Anm. 4 zu Art. 69 GG; Geller-Kleinrahm, a.a.O., Erl. zu Art. 62 Verf. Nordrhein-Westf.; Münch, a.a.O., S. 189 ff insbes. S. 191 .

politischen Taktes im Hinblick auf die nur noch verhältnismäßig kurze Dauer ihrer Amtstätigkeit eine größere Zurückhaltung bei ihren Entscheidungen auferlegen müssen. Lediglich dem Premierminister wird man angesichts der besonderen Situation das Recht zur Ernennung und Entlassung neuer Minister absprechen müssen.

Wir gelangen demnach zu dem Ergebnis, daß die Regierungsorgane wohl auf Dauer angelegt sind, daß die Träger dieser Organe aber einem periodischen Wechsel unterliegen.

IV. R i c h t e n s i c h A r t u n d A u s -
m a ß d e s d e n M i n i s t e r n g e -
w ä h r t e n U n t e r h a l t s n a c h
d e r E i g e n a r t u n d t a t s ä c h -
l i c h e n D a u e r i h r e r O r g a n -
t ä t i g k e i t o d e r n a c h e i n e m
t y p i s i e r t e n B e d ü r f n i s s t a n -
d e u n d g r e i f t d e r U n t e r h a l t
i m l e t z t e r e n F a l l e a u c h
ü b e r i h r e A m t s t ä t i g k e i t
u n d i h r e P e r s o n h i n a u s ?

Die Unterhaltsfrage der Minister gehört mit zu jenem größeren Fragenkomplex, der allgemein unter dem Begriff ihrer persönlichen Rechtsverhältnisse zusammengefaßt wird, Seine Regelung hat keine Aufnahme in die Verfassung gefunden, sondern ist besonderen Gesetzen vorbehalten worden. Diese Gesetze, die kurz als Ministergesetze bezeichnet werden, sind inzwischen sowohl in der Bundesre-

publik als auch in den Ländern ergangen¹⁾. Sie stimmen in den hier interessierenden Punkten weitgehend überein.

Die Minister erhalten danach vom Beginn des Kalendermonats ab, in dem sie gewählt oder berufen werden, bis zum Schluß des Kalendermonats, in dem ihr Amt endet, Amtsbezüge. Nach Beendigung ihres Amtsverhältnisses erhalten die Minister und ihre Hinterbliebenen eine Versorgung.

Was zunächst die Amtsbezüge anbetrifft, so gliedern sich diese in Besoldung und Aufwandsentschädigung.

Die Besoldung setzt sich aus dem Grundgehalt, der Wohnungsentschädigung und den Kinderzuschlägen zusammen. Das Grundgehalt stellt ein konstantes Einzelgehalt dar, das von den Ministergesetzen vielfach unter Bezugnahme auf das Reichsbesoldungsgesetz²⁾ festgesetzt worden ist. Die Wohnungsentschädigung und der Kinderzuschlag sind nach den für die Beamten geltenden Grundsätzen geregelt worden, auf die zum Teil ausdrücklich verwiesen wird.

Für Aufwendungen, die den Ministern infolge ihrer Amtstätigkeit entstehen, werden sie entschädigt. Und zwar sehen die Ministergesetze einmal eine allgemeine Dienstaufwandsentschädigung vor. Diese wird den Ministern in Form eines Pauschbetrages gewährt. Die Aufwendungen, die darunter fal-

1) vgl. Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung v.17.6.53 (BGBl. I S.407); Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Regierung von Baden-Württemberg v.13.12.54 (GBl. S.163); Gesetz Nr. 52 über Gehalt, Ruhegehalt und Hinterbliebenenversorgung der Mitglieder der Bayerischen Staatsregierung v.5.9.46 (GVBl. S.369); Hessisches Gesetz über die Regelung der Ministerbezüge in der Fassung v.16.2.53 (GVBl. S.11); Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Landesregierung von Niedersachsen v.1.4.53 (GVBl. S.27); Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen v.5.5.53 (GVBl. S.258); Landesgesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Landesregierung von Rheinland-Pfalz v.17.7.54 (GVBl. S.91); Gesetz über die Rechtsverhältnisse des Ministerpräsidenten und der Landesminister von Schleswig-Holstein v.22.12.50 (GVBl. 1951 S.13).

2) Reichsbesoldungsgesetz v.16.12.27 (RGBl. I S.349).

len, brauchen deshalb nicht im einzelnen belegt zu werden. Zum anderen erhalten die Minister für eine Reihe typischer, immer wiederkehrender Aufwendungsfälle besondere Entschädigungen. Dazu gehören die Trennungsentschädigung bzw. das Beschäftigungstagegeld, die Umzugskostenvergütung und die Dienstreisevergütung. Der Anspruch auf diese Entschädigungen muß im Gegensatz zur Dienstaufwandsentschädigung in jedem Einzelfalle besonders nachgewiesen werden.

Die Versorgung der Minister umfaßt die Unfallfürsorge, das Ruhegehalt und - falls ihnen ein solches nicht zusteht - das Übergangsgeld sowie die Hinterbliebenenversorgung.

Die Unfallfürsorge tritt ein, wenn ein Minister in Ausübung seines Amtes einen Dienstunfall erleidet. Sie besteht aus dem Heilverfahren, einem Ruhegehalt, wenn der Unfall die Dienstunfähigkeit des Ministers zur Folge hat, und der Hinterbliebenenversorgung, wenn der Unfall zum Tode des Ministers führt. Das Ruhegehalt wird auch für Gesundheitsschädigungen gewährt, die ein Minister schuldlos in Ausübung seines Amtes erleidet und die seine Arbeitsfähigkeit wesentlich und dauernd beeinträchtigen. Seine Hinterbliebenen haben auch in diesem Falle Anspruch auf Hinterbliebenenversorgung.

Ein lebenslängliches Ruhegehalt wird den Ministern dann gewährt, wenn sie beim Ausscheiden aus dem Amt ein bestimmtes Mindestalter erreicht und das Ministeramt eine bestimmte Zeit lang bekleidet haben. Das Mindestalter ist unterschiedlich von einzelnen Ministergesetzen auf 50 und von anderen auf 55 Lebensjahre festgesetzt worden. Die Zeit, während der sie ein Ministeramt bekleidet haben müssen, schwankt zwischen 4 und 8 Jahren. Bei der Berechnung der ruhegehaltstfähigen Dienstzeit kann bei den Ministern bis zu einer gewissen Grenze auch diejenige Zeit berücksichtigt werden, die sie vor ihrer Berufung als Beamte im Dienst gestanden haben.

Soweit die Minister bei Beendigung ihres Amtsverhältnisses die Voraussetzungen nicht erfüllen, an die die Gewährung eines lebenslänglichen Ruhegehalts geknüpft ist,

kann die Gewährung eines zeitlichen Ruhegehalts oder Übergangsgeldes, wie es meist genannt wird, in Betracht kommen. Dieses wird regelmäßig für die gleiche Zahl von Monaten gezahlt, für die der Ausgeschiedene Amtsbezüge als Minister erhalten hat, mindestens aber für 3 Monate, nach einzelnen Ministergesetzen mindestens für 6 Monate, und höchstens für 2 Jahre.

Eine besondere Regelung sieht das Ministergesetz von Baden-Württemberg für solche Minister vor, die ihr Amt ununterbrochen 2 Jahre lang bekleidet haben und die am Ende der Zeit, für die ihnen ein Übergangsgeld zustand, das 65. Lebensjahr vollendet haben. Diese erhalten nämlich, sofern sie kein lebenslanges Ruhegehalt und keine Dienstunfallfürsorge beanspruchen können, ein Viertel ihres Amtsgehalts und ihrer Wohnungsentschädigung als nicht entziehbaren Alters-ehrensold.

In den Genuß der Hinterbliebenenversorgung kommen die Hinterbliebenen eines Ministers, der zur Zeit seines Todes ein Ruhegehalt oder Übergangsgeld bezog oder bei dem in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen für den Bezug erfüllt waren. In Baden-Württemberg erhalten auch die Hinterbliebenen eines Ministers Versorgung, der zur Zeit seines Todes Altersehrensold bezog oder bei dem die Voraussetzungen für seine künftige Gewährung erfüllt waren. Die Versorgung besteht darin, daß den Hinterbliebenen für den Sterbemonat die Bezüge des Verstorbenen verbleiben, ferner für die auf den Sterbemonat folgenden 3 Monate ein Sterbegeld in Höhe des Amtsgehalts und der Wohnungsentschädigung, des Ruhegehalts und der Wohnungsentschädigung, des Ruhegehalts, des Übergangsgeldes oder - in Baden-Württemberg - des Altersehrensoldes gezahlt wird und im Anschluß daran Witwen- und Waisengeld, das in einem bestimmten Vomhundertsatz der Amtsbezüge, des Ruhegehalts, des Übergangsgeldes oder des Altersehrensoldes besteht. Soweit der Minister Übergangsgeld bezog oder bezogen hätte, wird das Witwen- und Waisengeld für den gleichen Zeitraum gewährt, für den es der Verstorbene erhalten hätte.

Wir können sonach feststellen, daß der Unterhalt der Minister sich im wesentlichen wie bei den Beamten nach einem typisierten Bedürfnisstande richtet. Das bezeugen nicht nur

die zahlreichen Verweisungen der Ministergesetze auf die für die Beamten geltenden Regelungen, sondern auch die einzelnen Positionen, aus denen sich der Unterhalt der Minister zusammensetzt. Denn auch die Beamten erhalten Grundgehalt, Wohnungsgeldzuschuß und Kinderzuschläge¹⁾. Wohl ist das Grundgehalt aller der Besoldungsordnung A unterfallenden Beamtenkategorien ein aufsteigendes Gehalt, während die Minister ein festes Grundgehalt beziehen. Doch gibt es auch Beamte mit festem Grundgehalt, und zwar diejenigen, die nach Besoldungsordnung B besoldet werden²⁾. Ein Unterschied ist insoweit also nicht vorhanden.

In der Frage des Aufwendungsersatzes ist das Bild ähnlich. Die Dienstreisevergütung der Minister entspricht dem Anspruch der Beamten auf Fahrtkostenersatz sowie Tage- und Übernachtungsgeld, und die Minister können wie die Beamten Umzugskostenersatz und Trennungsentschädigung oder - was demselben Zwecke dient - Beschäftigungstagegeld verlangen. Nur für die den Ministern gewährte Dienstaufwandsentschädigung fehlt es bei den meisten Beamten an einer Vergleichsmöglichkeit. Das erklärt sich daraus, daß die Beamten regelmäßig nicht in die Lage kommen, Aufwendungen von der Art zu machen, wie sie mit der Dienstaufwandsentschädigung abgegolten werden sollen. Denn diese bezweckt den Ersatz der den Ministern entstehenden Repräsentationskosten. Die Dienstaufwandsentschädigung der Minister darf auch nicht mit der Aufwandsentschädigung verglichen werden, welche die Abgeordneten in Form eines Pauschalbetrages neben dem Ersatz für Auslagen erhalten, die ihnen in Ausübung ihres Mandats erwachsen, und neben Tagegeldern für die Teilnahme an Sitzungen des Parlaments und seiner Ausschüsse³⁾.

1) vgl. die §§ 2 ff, 9 ff, 14 ff des Besoldungsgesetzes v. 16.12.27 (RGBl. I S. 349) i. d. F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Besoldungsrechts v. 20.8.52 (BGBl. I S. 582) u. des Dritten Gesetzes zur Änderung und Ergänzung des Besoldungsrechts v. 27.3.53 (BGBl. I S. 81).

2) vgl. die dem Besoldungsgesetz i. d. heute gültigen Fassung (siehe Anm. 1) als Anlage beigegebenen Besoldungsordnungen).

3) vgl. z. B. Gesetz über die Entschädigung der Mitglieder des Bundestages v. 24.6.54 (BGBl. II S. 637):

Denn diese Aufwandsentschädigung soll einen gewissen Ersatz dafür bieten, daß die Parlamentsmandate die Abgeordneten heute in so hohem Maße in Anspruch nehmen, daß sie ihren Beruf vielfach nur unzureichend oder nur mit Hilfe einer von ihnen zu bezahlenden Ersatzkraft ausüben können oder überhaupt keine beruflichen oder sonstigen Einkünfte haben und daher allein auf die Abgeordnetenbezüge angewiesen sind.

Soweit der Unterhalt der Minister mit der Gewährung eines Ruhegehalts zeitlich über ihre Amtstätigkeit hinausgreift, weist die Unterhaltsregelung eine weitere Parallele mit der für die Beamten geltenden Regelung auf. Die Abgeordneten der Parlamente haben demgegenüber nur Anspruch auf ein Übergangsgeld für die Dauer von drei Monaten. Diese Verweisung auf ein Übergangsgeld gibt es bei den Ministern nur im Falle einer vorzeitigen Beendigung ihres Amtes.

Schließlich können wir feststellen, daß der Unterhalt der Minister entsprechend dem der Beamten auch ihre Hinterbliebenen umfaßt und daß eine gleichartige Regelung für die Hinterbliebenen der Parlamentsmitglieder nicht vorgesehen ist.

Die Unterhaltsregelung der Minister weist demnach - zumindest im Normalfalle - wesentliche Merkmale institutioneller Staatsorganschaft auf.

V. Sind die Minister Träger persönlicher oder institutioneller Staatsorgane ?

Die Unterscheidung persönlicher und institutioneller Staatsorgane stellt eine Ergänzung der Unterscheidung politischer und rechtlicher Staatsorgane dar. Nachdem wir festgestellt hatten, daß die Minister Träger sowohl politischer als auch rechtlicher Staatsorgane sind, stand für die Untersuchung der Frage, ob sich damit persönliche oder institutionelle Staatsorganschaft verbindet, als Ergebnis ebenfalls ein Sowohl-als-auch zu erwarten. Diese Erwartung ist in vollem Umfang bestätigt worden. In der Frage ihrer

Berufung fanden wir das Merkmal persönlicher Staatsorganschaft, in der ihrer Tätigkeit und ihrer Amtsdauer sowie des damit verbundenen Organbestandes die Merkmale beider Organgruppen und schließlich in der Unterhaltsfrage die Merkmale institutioneller Staatsorganschaft bestätigt.

Die Antwort auf unsere Frage muß sonach lauten, daß die Organstellung der Minister sowohl von Merkmalen persönlicher als auch von Merkmalen institutioneller Staatsorganschaft geprägt wird.

§ 9

Zur Frage der politischen und rechtlichen Repräsentationsmacht der Minister.

Die Staatsrechtswissenschaft hat es nicht versäumt, die verfassungsrechtliche Stellung der Minister auch unter dem Gesichtspunkt der Repräsentation zu erfassen. Es braucht hier nur auf die Untersuchung von Carl Schmitt¹⁾ und Leibholz²⁾ hingewiesen zu werden. Ihr Interesse galt dabei jedoch immer nur einseitig dem Anteil an der politischen Repräsentation, der Anteil an der rechtlichen Repräsentation blieb dagegen bis heute ungeklärt.

Wir wollen im folgenden zunächst das Bild nachzuzeichnen versuchen, das Schmitt und Leibholz unter der Herrschaft der Weimarer Verfassung von der politischen Repräsentation der Minister entworfen haben, um sodann auf ihren Gedankengängen aufbauend und unter Berücksichtigung der jüngsten Entwicklung unseres Verfassungsrechts die für die Beurteilung der Beamtenqualität der Minister so wichtige Frage ihrer repräsentativen Wirksamkeit auch nach der rechtlichen Seite hin noch einmal zu erörtern.

1) Carl Schmitt, Verfassungslehre 1928, S. 212.

2) Leibholz, Das Wesen der Repräsentation, a.a.O., S. 79 ff, 104, 138.

I. Die politische Repräsentationsmacht der Minister in der Sicht von Carl Schmitt und Leibholz und in der Gegenwart.

Bevor Carl Schmitt und Leibholz sich mit der politischen Repräsentationsmacht der Minister auseinandersetzen, stellen sie ganz allgemein klar, was bei der politischen Repräsentation überhaupt repräsentiert wird.

Schmitt nimmt Anlaß dazu aus der Betrachtung der Staatsformen¹⁾. Der Staat ist nach seinen Darlegungen ein bestimmter Status eines Volkes, und zwar der Status politischer Einheit, die Staatsform, die besondere Art, in der diese Einheit gestaltet ist. Ausgehend von der Auffassung, daß die politische Einheit eines Volkes nicht naturgegeben ist, sondern auf irgendeine Weise integriert werden muß, unterscheidet Schmitt "Identität" und "Repräsentation" als die möglichen staatlichen Gestaltungsprinzipien. Das Prinzip der Identität des jeweils vorhandenen Volkes mit sich selbst als politische Einheit beruht nach Schmitt darauf, daß es keinen Staat ohne Volk gibt und ein Volk daher als vorhandene Größe immer wirklich anwesend sein muß. Das Prinzip der Repräsentation, so sagt Schmitt, gehe demgegenüber von der Vorstellung aus, daß die politische Einheit des Volkes als solche niemals in realer Identität anwesend sein könne und daher immer durch Menschen persönlich repräsentiert werden müsse. Identität und Repräsentation schlossen sich nicht aus, sondern bildeten nur zwei entgegengesetzte Orientierungspunkte für die Gestaltung der politischen Einheit. Es gäbe keinen Staat ohne Repräsentation, weil es keinen Staat ohne Staatsform gäbe und zur Form wesentlich Darstellung der politischen Einheit gehöre. In gleicher Weise gäbe es keinen Staat ohne Strukturelemente des Prinzips der Identität, weil das Formprinzip der Repräsentation niemals rein und absolut, d.h. unter

1) a.a.O., S. 205.

Ignorierung des immer irgendwie vorhandenen und anwesenden Volkes durchgeführt werden könne. Das sei schon deshalb unmöglich, weil es keine Repräsentation ohne Öffentlichkeit und keine Öffentlichkeit ohne Volk gäbe. Besonders hebt Schmitt sodann hervor, daß die Repräsentation der Idee nach darauf beruhe, daß ein als politische Einheit existierendes Volk gegenüber dem natürlichen Dasein einer irgendwie zusammenlebenden Menschengruppe eine höhere und gesteigerte Art Sein habe¹⁾.

Der Gedanke, daß die durch einen Repräsentanten präsent zu machende Volksgemeinschaft den einzelnen Individuen gegenüber ein höheres Sein bildet, wird auch von Leibholz unterstrichen. Dieses Sein, so führt er aus, umfasse zugleich das Erbe vergangener Generationen wie im Keim das Leben zukünftiger Geschlechter²⁾. Daran schließt sich die Feststellung, daß Repräsentation nur in einer ideellen Wertsphäre möglich ist³⁾. Jede Volksgemeinschaft, so legt Leibholz dar, sei zugleich Wertgemeinschaft. Sie werde durch einen festen, wenn auch für jedes Volk verschiedenen Bestand von vor allem ideellen Werten zusammengeschlossen. In seinen weiteren Ausführungen bezieht Leibholz die Repräsentation in den umfassenden Vorgang der Integration des Staates ein. Er erblickt ihren Sinn als Funktion darin, die als geistige Einheit existenziell vorhandene, konkrete Volksgemeinschaft in der Realität empirisch greifbar zu machen, das Volk zur staatlichen Einheit zu integrieren⁴⁾.

Die Frage, wer repräsentiert, beantwortet Schmitt mit dem Satz: Nur wer regiert, hat teil an der Repräsentation⁵⁾. Er geht dabei von der Voraussetzung aus, daß die Regierung unabhängig von anderen staatlichen Exponenten zu wirken vermag.

1) a.a.O., S. 210 .

2) a.a.O., S. 45 .

3) a.a.O., S. 46 .

4) a.a.O., S. 57 .

5) a.a.O., S. 212 .

Auch Leibholz rechnet die Träger der Regierung zu den bedeutendsten politischen Repräsentanten im Staate. Er sagt, daß eine Regierung, die ihre Funktion im Staate erfülle, in der Tendenz stets dahin streben werde, das Ganze gegenüber dem Einzelnen zu vertreten und damit im technischen Sinne das Volksganze zu repräsentieren¹⁾. Und auch er betont, daß die Regierung, um politisch repräsentieren zu können, die politischen Entscheidungen, zu denen sie nach der Verfassung berufen sei, in völliger Freiheit treffen müsse. Eine Regierung, so konstatiert er, die in ihren Entscheidungen nicht selbständig sei, die nicht über das zu einer Regierung unentbehrliche Maß von eigenschöpferischer Tätigkeit verfüge, trage ihren Namen zu Unrecht²⁾. Diese wichtigste Voraussetzung jeder Repräsentation sieht Leibholz auch unter der Herrschaft des parlamentarischen Regierungssystems als gegeben an, weil das Recht zur selbständigen Entscheidung der Regierung auch hier verfassungsrechtlich sichergestellt sei und weil man, wenn die Verfassungen das selbständige Entschließungsrecht der Regierung hätten in Abrede stellen und den einzelnen Minister nur zu einem imperativ gebundenen Mandatar seiner Fraktion stempeln wollen, nicht von einem parlamentarischen Regierungssystem und einer parlamentarischen Regierung, sondern höchstens von einem parlamentarischen Exekutivausschuß sprechen könnte, der Botenqualität besitzen würde³⁾. Leibholz berührt in diesem Zusammenhang sodann auch die mit der politischen Repräsentation aufs engste verknüpfte Frage der politischen Verantwortlichkeit. Ursprünglich, so sagt er, sei gerade die Verantwortungsfreiheit das Kennzeichen politischer Repräsentation gewesen⁴⁾. Darin sei aber mit Einführung des parlamentarischen Systems ein völliger Wandel eingetreten.

1) a.a.O., S. 79 .

2) a.a.O., S. 72, 79 .

3) a.a.O., S. 80/82 .

4) a.a.O., S. 89 .

Heute seien - besonders in der Heimat des Parlamentarismus - Repräsentation und Responsibility eng zusammengehörige Begriffe¹⁾. Schließlich weist Leibholz noch darauf hin, daß nur dort von politischer Repräsentation gesprochen werden könne, wo die Träger des Repräsentationsgedankens einen besonderen Wert, eine spezifische Würde und Autorität für sich in Anspruch nähmen²⁾. Auch diese Voraussetzungen sieht er im Falle der Minister ohne weiteres als gegeben an.

Soweit wir gefunden haben, ist gegen Schmitt und Leibholz nichts eingewandt worden, was geeignet wäre, begründete Zweifel an der Gültigkeit ihrer Auffassung über die Repräsentation und die Repräsentanteneigenschaft der Minister aufkommen zu lassen. Was die Verantwortlichkeit der Repräsentanten anbetrifft, so glauben wir, sogar noch einen Schritt weiter als Leibholz gehen und sagen zu können, daß sie unter der Herrschaft des parlamentarischen Regierungssystems nicht nur ein eng mit der Repräsentation zusammengehöriger Begriff ist, sondern ihr zuverlässigstes Kennzeichen überhaupt, zumindest soweit die Repräsentationsfunktion der Minister in Frage steht. Denn wie die Repräsentation Selbständigkeit voraussetzt, so auch die Verantwortlichkeit. Nur wer über sein Tun und Lassen frei zu entscheiden vermag, kann dafür zur Rechenschaft gezogen werden. Wenn wir uns also Gewißheit darüber verschaffen wollen, ob auch unsere heutigen Minister über das für jede Form von Repräsentation notwendige Maß an Selbständigkeit verfügen, so brauchen wir nur zu prüfen, wie es um ihre Verantwortlichkeit bestellt ist. Dabei kommt es unserem Plane entsprechend, in diesem Abschnitt die politische Repräsentationsmacht der Minister zu untersuchen, zunächst vornehmlich auf die politische Ministerverantwortlichkeit an.

1) a.a.O., S.92; vgl. dazu auch die Feststellung Gerbers (Entwicklung und Reform, a.a.O., S.23), daß Repräsentation materiell in der Öffentlichkeit im Tragen selbständiger Verantwortlichkeit für den Staat geschehe.

2) a.a.O., S. 32

Unter der politischen Ministerverantwortlichkeit wird allgemein diejenige gegenüber dem Parlament verstanden. Das Grundgesetz und die Länderverfassungen haben sich bekanntlich nach dem Vorbilde der Weimarer Verfassung ausnahmslos für das parlamentarische Regierungssystem entschieden. Das bedeutet, daß die Minister dem Parlament Rechenschaft schuldig sind, und zwar, wie die Verfassungen im einzelnen bestimmen, der Premierminister für die Richtlinien der Politik und die Ressortminister für die Leitung ihres Geschäftsbereiches¹⁾. Darüber hinaus sind alle gemeinsam und unter Einschluß der Minister ohne Geschäftsbereich nach richtiger Ansicht²⁾ auch für die Mehrheitsbeschlüsse verantwortlich, die im Ministerkollegium gefaßt werden. Diese Verantwortlichkeit für die Handlungen des Ministerkollegiums ist verfassungsrechtlich zwar nicht ausdrücklich festgelegt, ergibt sich aber aus dem aus der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der Ministerverantwortlichkeit zu erklärenden Grundsatz, wonach die gesamte Tätigkeit der Exekutive ministerieller Haftbarkeit unterliegt³⁾.

Aus diesen Feststellungen ergibt sich nicht ohne weiteres, was es rechtfertigt, die parlamentarische Ministerverantwortlichkeit als "politische" Verantwortlichkeit zu bezeichnen. Die Frage drängt sich besonders deshalb auf, weil wir fanden, daß die Pflichten, für deren Erfüllung die Minister einstehen müssen, nicht nur politische, sondern auch rechtliche Funktionen zum Gegenstand haben.

Die Beantwortung nötigt uns, schon etwas auf das vorzugreifen, womit wir uns eingehender erst bei der Untersuchung der rechtlichen Repräsentationsmacht der Minister zu beschäftigen haben werden: das ist ihre rechtliche Verantwortlichkeit. Das Stichwort dafür ist die Ministeranklage, die

1) vgl. Art. 65 GG; Art. 49 Abs. 1 Verf. Baden-Würtbg.; Art. 47 Abs. 2 u. Art. 51 Verf. Bayern; Art. 102 Verf. Hessen; Art. 55 Abs. 1 u. 2 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 104 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 24 Abs. 1 u. 2 LS Schleswig-Holstein; Art. 28 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) vgl. Marschall v. Bieberstein, Die Verantwortlichkeit der Reichsminister, Hdb. d. dt. StR., Band I S. 528.

3) Einem im Ministerkollegium überstimmten Minister bleibt keine andere Möglichkeit, sich dieser Verantwortlichkeit zu entledigen, als dadurch, daß er zurücktritt; so auch Marschall v. Bieberstein, a.a.O.

ein staatsgerichtliches Verfahren bezeichnet, das dadurch in Gang gesetzt wird, daß das Parlament einen Minister der schuldhaften Verletzung der Verfassung oder eines Gesetzes anklagt, und das seine Entlassung zum Ziele hat. Damit ist klargestellt, daß die Minister dem Parlament unmittelbar nur für ihr politisches Verhalten Rechenschaft schulden, daß das Urteil über ihre Verfassungs- und Gesetzestreue dagegen dem Staatsgerichtshof vorbehalten ist. Dementsprechend sind auch die Maßstäbe verschieden, die an die Pflichtmäßigkeit ihres Verhaltens gelegt werden. Der Staatsgerichtshof kann nur nach rechtlichen Maßstäben urteilen, die in der Verfassung und den Gesetzen eines Staates vorgegeben sind. Das Parlament legt dagegen politische Maßstäbe an, die wie die Entscheidungen selbst, die damit zu messen sind, ständig im politischen Streit der Meinungen befangen bleiben. Das kommt auch in den Verfahren zum Ausdruck. Während das Verfahren vor dem Staatsgerichtshof justizförmig ausgestaltet ist, erinnert das Verfahren vor dem parlamentarischen Forum in seinem äußeren Ablauf mehr an einen Zweikampf, in dem die politischen Ansichten in freier Rede und Gegenrede gegeneinander abgewogen werden.

Im Gegensatz zur Weimarer Verfassung ist nun im Grundgesetz und in fast allen Landesverfassungen das Mißtrauensvotum als die stärkste Form, in der eine politische Entscheidung eines Ministers mißbilligt werden kann, und als Mittel, ihn zum Rücktritt zu zwingen, nur noch gegen den Premierminister zugelassen worden¹⁾. Die Bayerische Verfassung hat das Mißtrauensvotum sogar ganz beseitigt und sich darauf beschränkt, den Premierminister zu verpflichten zurückzutreten, "wenn die politischen Verhältnisse eine vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen ihm und dem Landtag unmöglich machen"²⁾. Das ist als erstaun-

1) vgl. Art. 67 GG; Art. 54 Abs. 1 Verf. Baden-Würtbg; Art. 114 Verf. Hessen; Art. 23 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen; Art. 61 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 30 LS. Schleswig-Holstein

2) vgl. Art. 44 Abs. 3 Verf. Bayern.

lich bezeichnet worden, weil es dadurch praktisch keine Möglichkeit mehr gäbe, einen Minister unmittelbar politisch zur Verantwortung zu ziehen¹⁾. Dabei ist aber außer acht gelassen worden, daß das Mißtrauensvotum nicht das einzige Mittel darstellt, um die politische Ministerverantwortlichkeit geltend zu machen. Denn neben dem Mißtrauensvotum gibt es noch das Interpellationsrecht und das Enquêterecht, und an diesen beiden Rechten der Volksvertretung ist festgehalten worden²⁾. Auch werden Mißbilligungsbeschlüsse ohne die Rückwirkungen eines Mißtrauensvotums, worauf v.Mangoldt zu-
treffend hinweist³⁾, durch diese Abschwächung des parlamentarischen Regierungssystems nicht ausgeschlossen.

Wenn das Tragen von Verantwortung die Selbständigkeit des Handelns auch unabdingbar voraussetzt, so ist doch nicht zu verkennen, daß die weittragenden Folgen, die ein Mißtrauensvotum durch den damit verbundenen Zwang zum Rücktritt für den Minister auslöst, sich nicht gerade fördernd auf seine Entschlußkraft auswirken werden. Das gilt um so mehr, als die Gefahr, eine Fehlentscheidung zu treffen, angesichts der Relativität politischer Entscheidungen ungleich größer ist als bei rechtlichen Entscheidungen. So gesehen, stärken die Beschränkungen des Mißtrauensvotums die innere Freiheit der Minister und bewirken damit, daß ihre politischen Entscheidungen, wie es dem Wesen solcher Entscheidungen entspricht, mehr von der Rücksicht auf das Volksganze als auf die jeweils herrschende Parlamentsmehrheit getragen werden. Zu diesen Beschränkungen gehört auch das "konstruktive Mißtrauensvotum", wonach die Volksver-

1) Grewe, DRZ 1949 S. 394.

2) für das Interpellationsrecht vgl. Art. 43 Abs. 1 GG; Art. 24 Abs. 1 Verf. Bayern; Art. 34 Abs. 1 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 91 Verf. Hessen; Art. 89 Abs. 1 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 45 Abs. 2 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 16 Abs. 1 LS Schleswig-Holstein; Art. 10 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen, für das Enquêterecht vgl. Art. 44 GG; Art. 25 Verf. Bayern; Art. 35 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 92 Verf. Hessen; Art. 91 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 41 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 15 LS Schleswig-Holstein; Art. 11 vorl. Verf. Niedersachsen

3) v.Mangoldt, a.a.O., Anm. 3 zu Art. 67 GG.

treten dem Premierminister ihr Vertrauen nur in der Weise entziehen kann, daß sie gleichzeitig einen Nachfolger wählt¹⁾, sowie das Recht des Premierministers, auch seinerseits die Vertrauensfrage zu stellen mit der Folge, daß die Volksvertretung aufgelöst werden kann, wenn sie ihm das Vertrauen versagt²⁾.

Und noch eines gilt es zu berücksichtigen, bevor. Schlüsse aus der politischen Verantwortlichkeit der Minister auf ihre Unabhängigkeit in politischen Entscheidungen und damit auf ihre politische Repräsentationsmacht gezogen werden: das ist das Kräfteverhältnis zwischen den Ministern und der parlamentarischen Versammlung, das für den Zweikampf, in dem die politische Verantwortlichkeit der Minister ausgetragen wird, von ausschlaggebender Bedeutung ist. Dieses Kräfteverhältnis spiegelt sich besonders deutlich in den gegenseitigen Beeinflussungsmöglichkeiten und Hemmungen wieder, welche in die Verfassungen eingebaut worden sind. Das Mißtrauensvotum, das Interpellationsrecht und das Enquêterecht sind nur ein Teil davon. Da uns das alles aber schon in anderem Zusammenhange einmal beschäftigt hat, genügen hier kurze Hinweise.

So wird die Stellung der Volksvertretung zweifellos dadurch gestärkt, daß sie den Premierminister zu wählen hat³⁾. Auf der anderen Seite ist aber auf die Möglichkeit, eine Minderheitsregierung zu bilden⁴⁾, sowie darauf zu verweisen, daß es, wenn wir von dem Ausnahmefall der Wahl

1) vgl. Art. 67 GG; Art. 54 Abs. 1 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 61 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 30 LS Schleswig-Holstein; Art. 23 Abs. 3 vorl. Verf. Niedersachsen.

2) vgl. Art. 68 GG

3) vgl. Art. 63 Abs. 1 GG; Art. 46 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 44 Abs. 1 Verf. Bayern; Art. 101 Verf. Hessen; Art. 98 Abs. 2 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 21 Abs. 2 LS. Schleswig-Holstein; Art. 52 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 20 Abs. 1 vorl. Verf. Niedersachsen.

4) vgl. Art. 63 Abs. 4 u. Art. 68 GG; Art. 22 Abs. 2 LS. Schleswig-Holstein; Art. 21 Abs. 2 Satz 2 vorl. Verf. Niedersachsen; Art. 52 Abs. 2 Satz 2 Verf. Nordrhein-Westf.;

des Ministerpräsidenten in Nordrhein-Westfalen¹⁾ absehen, sonst nirgends eine Verfassungs- oder Gesetzesvorschrift gibt, wonach die Minister aus der Volksvertretung zu entnehmen wären²⁾. Von Bedeutung ist ferner, daß die Minister in einer ihrer wichtigsten Funktionen, in der Gesetzgebungsarbeit, wozu - wie wir schon hervorgehoben haben - auch die Mittelvergebung durch die Feststellung des Haushaltsplanes gehört, an die Mitwirkung der Volksvertretung gebunden bleiben und daß, wo diese Bindung ausnahmsweise einmal gelockert wird, wie bei Erklärung des Gesetzgebungsnotstandes oder bei Ausübung des Notverordnungsrechts, dies doch nur in einem sehr beschränkten Umfang geschieht³⁾. Andererseits darf nicht übersehen werden, wie stark der Einfluß ist, den die Minister mit ihren Rechten zur Gesetzesinitiative⁴⁾, auf Einberufung des Parlaments⁵⁾ und auf Teilnahme und Anhörung in seinen Sitzungen⁶⁾ und damit auszuüben vermögen, daß Parlamentsbeschlüsse, die die von den Ministern vorgeschlagenen Ausgaben erhöhen oder neue Ausgaben in sich schließen, ihrer Zustimmung bedürfen⁷⁾. Auch besitzen der Gesetzgebungsnotstand und das Notverordnungsrecht ohne Zweifel eine die Stellung der Minister stärkende Seite. Nach alledem kann nicht die Rede davon sein, daß unsere heutigen Minister nur einen "parlamentarischen Exekutivausschuß" bilden, der "Botenqualität"

1) vgl. Art. 52 Abs. 1 Verf. Nordrhein-Westf.

2) anders Art. 92 Verf. D.D.R.

3) vgl. Art. 81 Abs. 3 GG; Art. 110 Verf. Hessen; Art. 35 vorl. Verf. Niedersachsen; Art. 62 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 48 Verf. Bayern; Art. 111, 112 Verf. Rheinland-Pfalz.

4) vgl. Art. 76 Abs. 1 GG; Art. 71 Verf. Bayern; Art. 59 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 117 Verf. Hessen; Art. 108 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 32 LS. Schleswig-Holstein; Art. 56 u. 65 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 33 Abs. 3 vorl. Verf. Niedersachsen.

5) vgl. Art. 39 Abs. 3 GG; Art. 17 Abs. 2 Verf. Bayern; Art. 30 Abs. 4 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 83 Abs. 5 Verf. Hessen; Art. 83 Abs. 5 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 38 Abs. 4 Verf. Nordrhein-Westfalen.

6) vgl. Art. 43 Abs. 2 u. Art. 53 GG; Art. 24 Abs. 2 Verf. Bayern; Art. 34 Abs. 2 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 91 Verf. Hessen; Art. 89 Abs. 2 Verf. Rheinland-Pfalz; Art. 16 Abs. 2 LS. Schleswig-Holstein; Art. 45 Verf. Nordrhein-Westf.; Art. 10 Abs. 2 vorl. Verf. Niedersachsen.

7) vgl. Art. 113 GG; Art. 82 Verf. Baden-Wttbg.; Art. 118 Verf. Rheinland-Pfalz; mit gewissen Einschränkungen auch Art. 78 Abs. 5 Verf. Bayern.

besitzt. Mit einer solchen Rolle wäre auch die Tatsache, daß ihnen mit der Bestimmung der Richtlinien der Politik und der Leitung der Ressorts die eigentlichen staatsleitenden Funktionen anvertraut worden sind, nicht zu vereinbaren¹⁾. Die Stellung, die ihnen von den Verfassungen angewiesen ist, ist vielmehr eine durchaus selbständige.

Offen steht sonach nur noch die Frage, ob unsere heutigen Minister auch die von Leibholz für die Träger des Repräsentationsgedankens geforderte Würde und Autorität für sich in Anspruch nehmen können. Die Antwort auf diese Frage liegt indessen schon jenseits der Grenzen des Bereichs, in dem wir uns bisher bei unserer Untersuchung bewegt haben. Denn Würde ist etwas, was die Verfassung dem Träger eines Staatsorgans weder durch die Verleihung besonderer Machtfülle noch durch eine andere Maßnahme beilegen kann, sie ist der Ausdruck einer erhabenen Gesinnung und eines reinen Willens und muß so immer wieder neu erworben werden. Entsprechendes gilt auch für die Autorität. Ihre Grundlage ist das Vertrauen, und auch dieses kann nicht verliehen werden, sondern will erworben sein. Die Verfassung kann nur günstige Voraussetzungen schaffen, um Persönlichkeiten zu gewinnen, die vermöge ihrer Lebensführung und Leistungen zu der Hoffnung berechtigen, daß sie sich in dem zu bekleidenden Staatsamt die dafür erforderliche Würde und Autorität erwerben werden, und sie kann Vorkehrungen treffen, die es dem Amtsträger erleichtern, in seiner Amtsführung stets Würde und Autorität zu bewahren. Wir werden kaum fehl gehen, wenn wir die Form der Ministerberufung²⁾, das Recht der Minister zum jederzeitigen Rücktritt, das Erfordernis einer besonderen Rücktrittserklärung nach einem Entzug des Vertrauens, die dem Premierminister durch die Bayerische Verfassung eingeräumte Ermessensfreiheit, selbst zu bestimmen, ob

1) vgl. demgegenüber Art. 98 Verf. D.D.R.: "Der Ministerpräsident bestimmt die Richtlinien der Regierungspolitik nach Maßgabe der von der Volkskammer aufgestellten Grundsätze."

2) vgl. oben S. 79 ff.

die politischen Verhältnisse eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Landtag ermöglichen sowie Strafbestimmungen von der Art des § 97 StGB auch in diesem Sinne deuten.

Nach alledem halten wir die Feststellung für gerechtfertigt, daß auch unsere heutigen Minister zu politischer Repräsentation berufen sind.

II. Die rechtliche Repräsentationsmacht der Minister in der Gegenwart.

Im Gegensatz zur politischen Repräsentation bezieht sich die rechtliche nicht auf die "politisch ideelle Einheit des Volkes"¹⁾, sondern auf die Werte, welche die staatliche Rechtsordnung erfüllen. Diese "Wertwelt des Gesetzes" - wie Gerber es ausgedrückt hat²⁾ - öffentlich zu vertreten, ist die Aufgabe, zu der die rechtlichen Repräsentanten berufen sind. Die verfassungsrechtliche Bedeutung ihrer Funktion liegt demnach weniger in der Integration der im Staate lebenden Individuen zu einer gefühlten und erlebten Einheit im Sinne der Integrationslehre Smends als schlicht im Dienst an der staatlichen Rechtsordnung. Gleichwohl bleibt auch die rechtliche Repräsentation mit der Ausübung von Herrschaft verbunden³⁾. Denn sie ist verknüpft mit dem funktionellen Vorgang der Rechtswahrung und -durchsetzung, der notwendig auch den Gebrauch der Machtmittel einschließt, derer grundsätzlich jede Rechtsordnung zur Stützung bedarf.

Daß die rechtlichen Repräsentanten ebensowenig wie die politischen der Selbständigkeit entsagen können, ist auch von Köttgen und Gerber in ihren kritischen Auseinandersetzungen mit den Auffassungen von Schmitt und Leibholz anerkannt

1) Leibholz, a.a.O. S.47.

2) H.Gerber, Die grundsätzliche Bedeutung der beamtenrechtlichen Regelung des Bonner Grundgesetzes, DVBl. 1951 S.490.

3) Das wird von Leibholz (a.a.O., S.140) übersehen, der nur die politische Repräsentation im Auge hat und die Herrschaftsausübung deshalb als Kennzeichen der Repräsentation personeller Einheiten ansehen will.

worden¹⁾. Prüfstein dieser Selbständigkeit ist wiederum die Verantwortlichkeit, die ihnen auferlegt ist, und zwar - dem veränderten Gegenstand der Repräsentation entsprechend - die rechtliche Verantwortlichkeit. Diese ist vor allem dadurch gekennzeichnet, daß sie in einem justizförmigen Verfahren geltend gemacht, und daß die Pflichtmäßigkeit des Verhaltens dabei mit rechtlichen Maßen gemessen wird.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß es für die Beurteilung der Frage nach der rechtlichen Repräsentationsmacht der Minister im wesentlichen nur noch darauf ankommt, ihre rechtliche Verantwortlichkeit einer Prüfung zu unterziehen. Denn alle anderen Feststellungen, die dazu notwendig sind, haben wir schon getroffen, als wir die Funktionen der Minister auf ihren politischen und rechtlichen Gehalt hin prüften. Darauf kann hier Bezug genommen werden.

Daß die rechtliche Ministerverantwortlichkeit auf das engste mit dem Begriff der Ministeranklage zusammenhängt und daß darunter ein staatsgerichtliches Verfahren verstanden wird, mit dem die Minister bei Bruch der Verfassung oder eines Gesetzes auf Anklage des Parlaments überzogen werden können, haben wir schon ausgeführt. In dieser Form hat die Ministeranklage auch Eingang in unsere geltenden Verfassungen gefunden²⁾, allerdings nicht in alle. Das Grundgesetz und die Landessatzung von Schleswig-Holstein haben auf die Ministeranklage verzichtet. Ein Unterschied in der verfassungsrechtlichen Stellung sollte dadurch aber nicht begründet werden. Denn es wird weder davon abgesehen, die Minister bei ihrem Amtsantritt auf die Wahrung der Verfassung und der Gesetze zu verpflichten³⁾, noch werden sonst Vorkehrungen getroffen,

1) Köttgen, Hdb.d.dt.StR, Bd.II S.6 ff; Gerber, a.a.O.

2) vgl. Art.57 Abs. 1 Verf.Baden-Wttbg.; Art.59 Verf. Bayern; Art.115 Verf.Hessen; Art.63 Verf.Nordrhein-Westf.; Art.31 vorl.Verf.Niedersachsen; Art.131 Verf. Rheinland-Pfalz.

3) vgl. Art.56 u.Art.64 Abs.2 GG; Art.23 LS.Schleswig-Holstein.

um sie - etwa durch die Bestellung eines Staatssekretärs¹⁾ - von ihrer rechtlichen Verantwortlichkeit zu entlasten. Maßgeblich für den Verzicht war vielmehr die Auffassung, daß die Anklage ihren eigentlichen Sinn in einem System mit parlamentarischer Verantwortlichkeit verloren habe²⁾. Wir brauchen uns im Rahmen dieser Untersuchung mit dem Für und Wider dieser Auffassung nicht auseinanderzusetzen, obwohl - vor allem dogmatisch - einiges dagegen einzuwenden wäre. Wichtig für uns ist allein die Feststellung, daß das Fehlen der Ministeranklage im Grundgesetz und in der Landessatzung von Schleswig-Holstein die rechtliche Ministerverantwortlichkeit auch im Geltungsbereich dieser Verfassungen nicht beseitigen sollte.

Soweit die Minister überhaupt dazu berufen sind, rechtliche Funktionen wahrzunehmen, und das ist bei allen Ministern der Fall, ist es deshalb gerechtfertigt, sie auch als rechtliche Repräsentanten anzusehen.

§ 10

Dürfen die Minister dem Beamtentum auch heute noch zugerechnet werden ?

Nachdem wir die verfassungsrechtliche Stellung der Minister, wie sie sich uns nach der jüngsten Entwicklung darbietet, unter sämtlichen Gesichtspunkten geprüft haben, die uns für die Beurteilung ihrer Beamtenqualität wesentlich erschienen, bleibt uns nun noch, die Schlußfolgerungen aus den Feststellungen zu ziehen, die wir dabei im einzelnen getroffen haben. Es ist durchaus möglich, daß uns bei Betrachtung so zahlreicher Verfassungen manche Feinheit

1) vgl. dazu H. Gerber, Parlamentarische Staatssekretäre, DÖV 1953 S. 70.

2) In diesem Sinne spricht sich der Grundgesetzentwurf von Herrenchiemsee aus. Nach v. Mangoldt (Vorbemerkungen 1 zum Abschnitt IV. Die Bundesregierung) hat sich auch der Parlamentarische Rat dazu bekannt. Die gleiche Auffassung vertreten offenbar auch die Kommentatoren der Verfassung von Baden-Württemberg. Bezeichnend dafür ist ihr Satz, die Ministeranklage verlöre dadurch an Bedeutung, daß der Landtag einen Minister aus der Regierung "herausschießen" könne (Spreng-Birn-Feuchte, Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Stuttgart 1954, Anm. 1 zu Art. 57).

verborgen blieb, die darin enthalten ist. Wir erblicken darin aber keinen schwerwiegenden Mangel, der das Ergebnis der Untersuchung in Frage stellen könnte. Denn es war uns weniger darum zu tun, den Besonderheiten einzelner Verfassungen nachzuspüren, als darum, das Gemeinsame und Allgemeingültige herauszufinden. Als Preis dafür muß erfahrungsgemäß immer eine gewisse Vergrößerung der wahren Verhältnisse in Kauf genommen werden.

Zusammengefaßt lauten unsere Feststellungen, daß die Minister heute sowohl im politischen als auch im rechtlichen Funktionskreis des Staates tätig sind, daß sie sowohl die Merkmale persönlicher als auch institutioneller Staatsorganschaft aufweisen, und daß sie sowohl zu politischer als auch zu rechtlicher Repräsentation berufen sind. Dieses "Sowohl-als-auch" läßt sich nicht daraus erklären, daß dieselben Minister an mehreren Regierungsorganen beteiligt sind, sondern ist, wie wir ferner fanden, eine Eigenart, die - ausgenommen dem einseitig politisch akzentuierten Staatsorgan Bundeskanzler - allen Regierungsorganen anhaftet.

Es will danach so scheinen, als entbehrte die verfassungsrechtliche Stellung der Minister keines der Kennzeichen, die auch diejenige der Beamten prägen. Dennoch fehlt das Allerwichtigste: die Ausschließlichkeit dieser Kennzeichen. Die Tätigkeit im rechtlichen Funktionskreis, die Beteiligung an einem institutionellen Staatsorgan und die Berufung zu rechtlicher Repräsentation sind nicht die einzigen Faktoren, die den Beamten ausmachen; was hinzukommen muß, ist die Beschränkung hierauf. Diese Beschränkung ist bei den Ministern nicht mehr gegeben. Denn sie sind auch in den politischen Funktionskreis eingespannt, an persönlichen Staatsorganen beteiligt und zu politischer Repräsentation berufen und das in einem solchen Maße, daß das öffentliche Bewußtsein um ihre Beziehung zum Beamtentum darüber beinahe ganz verloren gegangen ist.

Gewiß gibt es auch unter den Beamten solche, die - wenn auch nicht so selbständig wie die Minister - ständig bei politischen Entscheidungen mitzuwirken haben. Es sind

dies die politischen Beamten. Die Besetzung ihrer Amtsstellen mit Beamten ergibt sich aber daraus, daß bei der Erfüllung ihrer übrigen Aufgaben die rechtliche Gebundenheit vorherrscht¹⁾. Davon kann bei den Ministern keine Rede sein. Ihnen ist in erster Linie die politische Führung und erst in zweiter die Ausführung anvertraut. Das macht sie unfähig, die dem Beamtentum zufallende Rolle des parteipolitisch neutralen Dritten zu spielen.

Das Problem, das sich auch bei den Beamten stellt, wenn sie in ein Parlament gewählt werden, und das mit dem Begriff der Inkompatibilität bezeichnet wird, ist bei den Ministern nicht lösbar, weil es anders als bei den Beamten nicht aus dem Eintritt in eine neue Organstellung resultiert, sondern von vornherein in ihrer verfassungsrechtlichen Stellung angelegt ist. Aus diesem Grunde war es richtig, daß die Gesetzgebung schon unter der Weimarer Verfassung eingriff und die Minister einer von den Beamten abweichenden Regelung unterstellte. Nur so konnte die Integrität und Neutralität des Beamtentums im parlamentarischen Staat gesichert werden.

Wenn wir nun rückblickend noch einmal die Entwicklung überschauen, welche die verfassungsrechtliche Stellung der Minister genommen hat, und dabei die Tatsache ins Auge fassen, daß die Minister einmal aus dem Beamtentum hervorgegangen sind, so glauben wir nicht fehl zu gehen, wenn wir annehmen, daß ihr Endpunkt noch nicht erreicht ist. Die Kluft, die die Minister schon heute von den Beamten trennt, wird sich vielmehr noch weiter vertiefen, bis es eines Tages nicht mehr möglich sein wird, sie ohne Zuhilfenahme von Mittlern zu überbrücken. Wenn die schon heute erkennbaren Zeichen nicht trügen, so werden diese Mittler Staatssekretäre sein. Es erscheint indessen noch verfrüht, über die nähere Ausgestaltung dieser Mittlerschaft heute schon Prognosen zu stellen.

1) so Gerber, Begriff und Wesen, a.a.O., S. 56.

L e b e n s l a u f

Am 4. Juni 1921 wurde ich in Königsberg i.Pr. geboren. Ich besuchte dort vier Jahre lang die Grundschule und acht weitere Jahre die Oberrealschule auf der Burg, um nach Ablegung der Reifeprüfung am 22. Februar 1939 in den Reichsarbeitsdienst und am 12. August 1939 in die Luftwaffe einzutreten. Am Kriege nahm ich als Flugzeugführer in einem Kampfgeschwader teil und geriet in amerikanische Gefangenschaft, aus der ich am 23. Mai 1946 entlassen wurde. Im Mai 1947 konnte ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Freiburg i.Br. aufnehmen. Nach sechs Semestern legte ich am 19. August 1950 die erste und nach dreijährigem Vorbereitungsdienst am 16. Februar 1954 die zweite juristische Staatsprüfung ab. Seitdem bin ich Beamter in der Bundeszollverwaltung.

